

THÈSE DE
PARIS.
1884
N^o. 43.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DES
OBLIGATIONS SOLIDAIRES

EN DROIT ROMAIN

ET

EN DROIT FRANÇAIS

PAR

Georges ESPÉRONNIER

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

Né à Paris le 26 Novembre 1859



PARIS
L. LAROSE ET FORCEL

Libraires-Éditeurs

22, RUE SOUFFLOT, 22

1884

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DES

OBLIGATIONS SOLIDAIRES

EN DROIT ROMAIN
ET
EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT
Soutenue publiquement devant la Faculté de Droit de Paris

Le Mercredi 11 juin 1884, à 8 heures

PAR
Georges ESPÉRONNIER

AVOCAT A LA COUR D'APPEL
Né à Paris le 26 Novembre 1859

Président: M. CAUWÈS

Suffragants: { MM. GÉRARDIN,
GLASSON,
LYON-CAEN. } professeurs.
LEFEBVRE, agrégé.



PARIS
L. LAROSE ET FORCEL

Libraires-Éditeurs
22, RUE SOUFFLOT, 22

1884

Digitized by the Internet Archive
in 2026

INTRODUCTION GÉNÉRALE

A L'ÉTUDE DE LA SOLIDARITÉ

EN DROIT ROMAIN ET EN DROIT FRANÇAIS

De droit commun, lorsqu'une même obligation existe au profit ou à la charge de plusieurs, la créance se divise entre les créanciers ou la dette entre les débiteurs, par portions égales (1). Si par exemple une personne promet 100 à deux créanciers, chacun d'eux n'acquiert qu'une créance de 50 ; et réciproquement si deux personnes promettent 100 à une autre, chacune d'elles ne devient débitrice que pour la moitié de cette somme. Et ce résultat n'est pas, comme on pourrait le croire à cause de leur extrême divisibilité, spécial aux dettes d'argent. S'il s'agissait d'un bien rural donné à ferme par deux copropriétaires ou à deux colocataires, chacun des bailleurs aurait droit, ou chacun des preneurs serait obligé, à la moitié des fermages. Ainsi, division de l'obligation, lorsqu'elle a plusieurs sujets actifs ou passifs par portions égales entre eux, s'il n'y a pas de motif d'attribuer à l'un une part plus considérable qu'à l'autre : telle est la règle

(1) A moins bien entendu, que la convention elle-même ou les prescriptions légales ne la divisent inégalement entre les créanciers et les débiteurs.

aussi bien en droit romain qu'en droit français. (V. L. 11, § 1, 2, *De duob. reis* 45, 2; L. 5 C., 4, 2; L. 1, 2, C., 7, 55: a 1217 et 1220 C. Civil.)

Mais cette règle n'est pas absolue, il se peut que la nature de l'objet dû d'une part, et d'autre part la volonté des parties ou les prescriptions légales y apportent des dérogations et viennent, soit imposer à l'un des débiteurs l'avance de la totalité de la dette, soit permettre à l'un des créanciers de demander l'intégralité de la créance. Dans le premier cas il y a obligation indivisible, dans le second obligation solidaire. C'est cette dernière modification à la théorie générale des obligations qui fera l'objet de cette étude.

En droit romain, il sera traité de l'engagement solidaire dans deux parties différentes : la première, comparative facile, sera relative à la *corréalité*, ou *solidarité parfaite*; la seconde comprendra l'obligation *in solidum* ou *corréalité imparfaite*, avec toutes ses incertitudes et ses difficultés. Si en effet, les auteurs modernes ne s'accordent pas sur la dénomination qu'il faut employer pour désigner ces deux manifestations de la solidarité; tous au moins sont unanimes à reconnaître leur existence.

En droit français également, après avoir parlé dans une première partie de la solidarité telle qu'elle résulte des textes, nous examinerons, dans une seconde, s'il n'y a pas lieu d'en admettre une autre, moins parfaite dans ses effets.

DE LA SOLIDARITÉ

EN

DROIT ROMAIN

PARTIE I

DE LA CORRÉALITÉ

CHAPITRE I

NATURE DE LA CORRÉALITÉ

SECTION I

CARACTÈRES GÉNÉRAUX DE LA CORRÉALITÉ

Cette expression, *corréalité*, n'est pas romaine. Pour désigner deux créanciers ou deux débiteurs dans la situation spéciale qui va être définie, les Romains disaient qu'ils étaient *duo rei credendi*, ou, comme la stipulation était la source plus fréquente d'un tel rapport de droit, *stipulandi*, s'ils étaient créanciers, *debendi* ou *promittendi*, s'ils étaient débiteurs. Mais cette dénomination, qui ne convenait pas au cas où les personnes parties dans l'obligation étaient plus de deux, ne pouvait être acceptée par les interprètes modernes : ils ont donc formé, avec le mot *correus*, que l'on trouve dans un fragment d'Ulpien (L. 3, § 3, 34, 3), les expressions *obligation corréale*, *débiteurs corréaux*, *corréalité*. Quant au terme *reus*, usité dans toutes ces dénominations pour indiquer indifféremment les sujets actifs ou passifs, et qui, pris dans son sens technique, désigne proprement le

défendeur dans une instance et même le débiteur principal par opposition à un débiteur accessoire (V. L. 41, pr. 46, 2; L. 93, 2, 46, 3), il indique ici toutes les personnes qui ont figuré dans le contrat, et correspond assez exactement à notre mot français *parties*.

On trouve encore dans les textes (*Inst. De duob. reis*, § 1, L. 2; *Dig., De duob. reis*, 45, 2) pour désigner le rapport de droit dont nous allons parler, l'expression *in solidum debere*, *in solidum obligari*; mais ces mots n'ont pas de signification précise et technique, ils veulent dire seulement que tels ou tels débiteurs sont obligés pour le tout, et s'appliquent à la fois aux véritables *correi*, aux débiteurs tenus d'une corréalité imparfaite, et à ces obligés qui, ne jouissant d'aucun des bénéfices ayant pour effet de réduire l'obligation, doivent la supporter en totalité. C'est par exemple le fils de famille obligé *contractu* ou *quasi ex contractu in solidum*, alors que le même contrat n'oblige son père que *duntaxat de peculio* (L. 44, 15, 1); c'est encore en ce sens qu'Ulpien et Pomponius (L. 14, 1, 24, 3) décident que le mari ne pourrait pas convenir avec la femme *ne in id quod facere possit condemnetur, sed in solidum*.

Quant à nous, nous entendrons par *obligatio in solidum* uniquement cette autre manifestation de l'engagement solidaire que les interprètes appellent corréalité imparfaite ou simple solidarité, par opposition à la corréalité véritable, et nous emploierons les termes *lien solidaire* et *solidarité* pour désigner le rapport juridique dans son ensemble, sous sa forme corréale et *in solidum*.

La terminologie de notre travail ainsi expliquée et fixée, il faut montrer les caractères généraux de l'obligation corréale.

Voici comment on peut la définir : Une obligation

contractée par plusieurs ou envers plusieurs, ou tout à la fois par plusieurs envers plusieurs (1), de telle sorte que chacun des créanciers ait droit, ou chacun des débiteurs soit obligé d'une manière principale à la totalité d'une seule et même dette, et que cependant le paiement fait par l'un des obligés ou à l'un des ayant droit éteigne toute l'obligation.

Quoique l'on puisse reprocher à cette définition de convenir aussi à l'obligation *in solidum*, (et c'était impossible à éviter, car, nous le verrons dans notre deuxième partie, si les deux catégories d'obligations solidaires diffèrent beaucoup par leurs effets, et jusqu'à un certain point par leur origine, elles sont identiques dans leur nature), elle nous paraît contenir tous les éléments de la corréalité.

1° L'obligation corréale est *contractée*, c'est dire que la volonté des parties est nécessaire pour la faire naître : il n'y a donc point de corréalité légale. L'obligation *in solidum* au contraire est en général établie par les textes à la charge de certains débiteurs : mais est-ce là une différence assez constante pour caractériser ces deux rapports de droit, et pour dire, avec M. de Savigny (*Dr. des Oblig.*, t. I, p. 163 et 238, trad. de MM. Gérardin et Jozou), que partout où le lien solidaire résultera de la volonté des parties, il sera véritablement corréal, et partout où il leur sera imposé il ne sera qu'*in solidum*? Il n'en est, à notre avis, malheureusement pas ainsi, et nous croyons, on le verra dans notre seconde partie, que rien ne s'op-

(1) Car, si l'on suppose toujours plusieurs débiteurs en face d'un créancier unique ou plusieurs créanciers en face d'un seul débiteur, pour plus de simplicité, rien ne s'oppose évidemment à ce qu'il y ait à la fois pluralité de créanciers et de débiteurs.

pose à ce que les débiteurs *contractent* une obligation *in solidum*.

2° Elle est *contractée par plusieurs ou envers plusieurs*, et à ce point de vue elle est multiple. Elle pèse à la fois, bien que la créance ou la dette soit unique, nous allons le voir, sur plusieurs personnes également obligées, et appartient à la fois à plusieurs personnes également créancières. Ainsi, quant aux personnes parties dans l'obligation corréale, il y a plusieurs créances ou plusieurs dettes distinctes (L. 13 *De duob. reis*), toutes également principales. De cette pluralité de liens, il faut conclure qu'ils peuvent se former tout à fait indépendamment les uns des autres et que si les conditions requises pour donner naissance à la corréalité manquent chez l'un des costipulants ou des copromettants, les autres n'en sont pas moins valablement obligés (L. 5, 46, 1 ; L. 9, 2 *De duob. reis*).

Si, par exemple, l'un des *correi stipulandi* était tuteur et que le copromettant fût son pupille, ou, à l'inverse, si l'un des *correi promittendi* était un pupille non autorisé ou un esclave, la nullité de l'obligation consentie par l'incapable (1) n'entraînerait pas celle des autres : il y aurait seulement un *correus* de moins (L. 12, 1 *De duob. reis*). De même si l'un des stipulants n'obtenait pas de réponse ou si l'une des personnes interrogées gardait le silence, l'imperfection du contrat à leur égard n'empêcherait en rien sa perfection à l'égard des autres parties (L. 6, pr., 52, *De duob. reis*). Enfin deux *correi stipulandi* peuvent obtenir, l'un une promesse pure et simple, l'autre une promesse à terme ou sous condition, ce qui donnera

(1) Sauf bien entendu l'action *de peculio* contre le maître de l'esclave, ou une action donnée *in quantum locupletior factus est*, contre le pupille, depuis Antonin (L. 5, pr., 26, 8).

au premier le droit de poursuivre immédiatement le débiteur, tandis que le second sera obligé d'attendre l'arrivée du terme ou de la condition ; et si l'on suppose deux *correi promittendi*, l'un pourra de même s'obliger à terme ou sous condition, tandis que l'autre sera tenu purement et simplement. Il y aura toutefois entre l'obligé à terme et l'obligé sous condition cette différence, qui découle de la nature même de ces deux modalités, que le premier sera certainement *correus*, et que le second, au contraire, ne le sera que si la condition se réalise, sa défaillance entraînant même la disparition de la corréalité, s'il était seul obligé.

Mais les créanciers ou les débiteurs corréaux ne sont pas seulement créanciers ou débiteurs distincts, ils sont encore, avons-nous dit, tous *également* créanciers ou débiteurs, *d'une manière principale*. C'est dire qu'il ne faut pas confondre, d'une part, la corréalité active et l'*adstipulatio*, et d'autre part, malgré l'idée commune de garantie qui se trouve dans ces deux rapports de droit, la corréalité passive et l'*adpromissio* (*sponsio*, *fidepromissio*, ou *fidejussio*). Un seul caractère les rapproche, l'identité d'objet, aussi impérieusement exigée dans l'obligation principale et l'*adstipulatio* ou *adpromissio* que dans le rapport corréal : aussi emploie-t-on dans les deux cas les mêmes expressions, et dit-on qu'il faut qu'il soit du *idem* pour indiquer la nécessité de l'équivalence entre les différentes créances ou dettes. Mais en dehors de cette règle commune, les différences sont bien tranchées entre l'obligation corréale et la fidéjussion ou l'adstipulation. L'*adstipulator* et le *fidejussor* ne sont que des mandataires, leur obligation n'est qu'accessoire à une autre ; au contraire les diverses créances ou dettes corréales sont autant de liens indépendants, se suffisant à

eux-mêmes. De là plusieurs conséquences : 1° La fidéjussion suppose nécessairement l'existence d'une obligation principale valable; la nullité d'un des liens corréaux, au contraire, n'affecte en rien la validité des autres. 2° Le fidéjusseur ne peut s'obliger sous des modalités plus dures que le débiteur principal, et par exemple purement et simplement, quand celui-ci a promis à terme ou sous condition; la règle, on l'a vu, est différente pour les débiteurs corréaux. 3° Le fidéjusseur n'étant que débiteur accessoire, voit successivement tempérer son obligation par les bénéfices de division, de cession d'actions et de discussion : ces bénéfices n'ont jamais été accordés aux *correi debendi* en cette seule qualité.

3° S'il y a dans l'obligation corréale nécessairement plusieurs créanciers ou plusieurs débiteurs, il n'y a *qu'une seule et même prestation due à tous ou par tous*; et à ce point de vue de l'objet dû, l'obligation est *unique*. C'est ce que reconnaissent les textes : *In utraque obligatione una res vertitur*, nous disent les Institutes (*De duob. reis*, § 1); et Ulpien, dans la loi 3, § 1, *De duob. reis*, n'est pas moins explicite : *Quum una sit obligatio, una etiam summa est*. (Voy. aussi L. 2, *De duob. reis*, et L. 9 pr., 2, 4.) Si au contraire l'objet dû par l'un des débiteurs ou à l'un des créanciers diffère si peu que ce soit de celui qui est dû par ses coobligés ou à cocréanciers, il y a non plus corréalité entre eux, mais des obligations distinctes.

C'est ainsi qu'entre deux dépositaires, dont l'un s'est engagé à répondre même de sa faute, tandis que l'autre ne reste tenu, comme tout dépositaire en général, que de son dol, le lien corréal ne peut se former (L. 9, § 1, *De duob. reis*), *quia impar suscepta est obligatio*. Il est vrai, ajoute Papinien à la fin de cette loi, que si les obligations des deux dépositaires, identiques au moment de

la constitution de la dette, n'étaient modifiées que plus tard, par un pacte *ex intervallo* intervenu avec l'un d'eux, cette modification postérieure n'entraînerait pas disparition de la corréalité. Mais ce n'est là qu'une règle générale des obligations : *quia posterior consensio quæ in alterius persona intercessit, statum et naturam obligationis quæ duos initio reos fecit, mutare non potest.*

C'est ainsi encore que si deux personnes stipulent d'une troisième l'usufruit d'un même fonds, ou une dot, *dotis nomine* (L. 15, *De duob. reis*), elle ne peuvent, malgré leur intention, se trouver dans la position de deux créanciers corréaux ; dans le premier cas, parce que la valeur de l'usufruit varie suivant l'âge et l'état de santé de la personne qui doit en profiter, dans le second, parce que l'*arbitratus boni viri*, qui seul fixera le montant de la dot promise, ne l'évaluera pas à un chiffre identique pour deux costipulants dans des situations sociales probablement différentes.

Enfin Gaius nous dit dans la même loi qu'il y aura obstacle à la formation de la corréalité toutes les fois que l'obligation, alternative à l'égard de l'un des costipulants ou des copromettants, sera pure et simple à l'égard de l'autre.

Comme on le voit, s'il n'est pas nécessaire que l'objet de l'obligation soit dû à tous ou par tous de la même façon (voy. *supra*), il faut absolument qu'il soit unique et identique pour tous. De là de nombreuses conséquences qui se confondent avec les effets de la corréalité.

1° La prestation due étant unique, une fois qu'elle a été fournie par l'un des débiteurs ou à l'un des créanciers, l'obligation, n'ayant plus d'objet, disparaît à l'égard de tous, en d'autres termes, un seul paiement éteint toute dette. Et il en est de même pour tous les modes

d'extinction qui produisent un effet aussi radical que le paiement : acceptilation, novation, etc.

2° En sens inverse, l'unité d'objet, au lieu d'être une cause d'extinction de l'obligation corréale, peut entraîner sa persistance. C'est ainsi que le serment prêté par l'un des *correi stipulandi* sur l'existence de la dette, ou le fait d'un des *correi promittendi* amenant la perte de la chose due (L. 18, *De duob. reis*), ou bien encore, dans le dernier état de la législation impériale, l'interruption de prescription émanée d'un des créanciers seulement, ou accomplie contre un seul des débiteurs (L. 5, C. 8, 40) avaient pour effet de perpétuer l'obligation à l'égard de tous.

3° Enfin, par un effet tout spécial à la *litis contestatio*, au cas de corréalité proprement dite, et que nous essayons d'expliquer dans notre deuxième partie, la poursuite dirigée contre l'un des débiteurs ou intentée par l'un des créanciers, comprenant l'unique objet dû, libérerait les autres ou leur faisait perdre tout droit.

SECTION II

DISTINCTION DE LA CORRÉALITÉ D'AVEC QUELQUES AUTRES OBLIGATIONS SON UTILITÉ ET SA FONCTION PRATIQUE

Comme on le voit, la corréalité se présente avec deux caractères essentiels que résume ainsi M. Accarias (*Pr. de Dr. romain*, II, p. 314) : « Elle implique pluralité de liens principaux, et ces divers liens s'appliquent tous à un seul et même objet », et elle est une exception à la division de l'obligation amenée par la volonté des parties.

Le caractère principal des liens qui la forment, la distingue, nous l'avons vu (*supra*, sect. I), des obligations accessoires qui ont aussi même objet et nécessitent le consentement des parties. L'unité de l'objet la sépare de ces obligations qui naissent aussi à la charge de plusieurs personnes, et où la prestation à fournir est la même pour chacune, mais où elle est due autant de fois qu'il y a de débiteurs. Ainsi lorsque plusieurs commettent un vol de concert, chacun d'eux est également soumis à l'action *furti* et doit la totalité de la *pæna* comme s'il avait seul commis le délit (L. 1, C. 4, 8 ; L. 21, 9, 47, 1) ; mais il y a lieu à autant de payements qu'il y a de co-délinquants, il y a plusieurs dettes et non une seule.

Enfin, la nécessité du consentement des parties pour sa formation la distingue de l'indivisibilité, cette autre exception à la division des obligations entre leurs divers sujets actifs ou passifs. Tandis que la corréalité réunit artificiellement entre les mains d'un seul des créanciers la totalité de la créance, ou la totalité de la dette sur un seul des débiteurs, l'indivisibilité arrive au même résultat par une impossibilité matérielle et qui doit toujours subsister, l'impossibilité de diviser la prestation due entre les personnes parties dans l'obligation. De là des différences pratiques fort importantes : 1° Si l'un des *correi* meurt, la créance ou la dette se divise entre ses héritiers : ceux-ci restent bien *correi* dans leurs rapports avec les autres créanciers ou débiteurs corréaux dans la mesure de leur part héréditaire, mais entre eux il n'y a point de corréalité. Au contraire, c'est précisément au cas de mort d'un des débiteurs d'une chose indivisible, que l'indivisibilité produit son effet de la manière la plus frappante, en s'opposant à toute division de la créance ou de la dette entre les héritiers. 2° Dans la corréalité les

poursuites peuvent toujours être exercées divisément contre chacun des débiteurs, ou par chacun des créanciers ; rien ne s'oppose à ce que les stipulants renoncent à un bénéfice introduit uniquement dans leur intérêt. Au contraire, la chose indivisible doit être demandée pour le tout ; mais, tandis qu'au cas de corréalité, la condamnation sera nécessairement adhéquate à la demande, elle sera prononcée au cas d'indivisibilité, seulement pour la part qu'avait chacun des créanciers ou des débiteurs dans l'obligation devenue divisible en se transformant en dette d'argent. 3° L'indivisibilité tenant à la nature de l'objet dû, existe toujours aussi bien activement que passivement ; la corréalité ne se présente le plus souvent que d'un seul côté ; de même, la corréalité suppose toujours pluralité de créanciers ou de débiteurs, alors que l'indivisibilité produit des effets fort importants entre deux parties seulement. 4° Enfin, comme nous le verrons, sauf le cas d'une société ou d'un rapport juridique indiquant quelque communauté d'intérêts, l'obligation corréale est présumée contractée exclusivement en faveur de celui des *correi* qui en a touché ou payé le montant : d'où il suit qu'aucun recours n'existe en principe pour ou contre lui au profit des autres ou contre eux : au contraire, l'objet indivisible une fois fourni, le bénéfice de la créance ou le fardeau de la dette se répartit naturellement entre tous les ayants-droit ou tous les obligés.

La corréalité ainsi distinguée de quelques situations qui paraissent s'en rapprocher, il nous faut montrer son utilité et préciser son champ d'application.

Son utilité, au point de vue passif, elle est manifeste : la corréalité entre les débiteurs est destinée à conférer au créancier un pouvoir plus étendu dans la poursuite de la créance : elle est née parce qu'il l'a exigée comme

condition du crédit accordé, et elle lui offre deux avantages : une sûreté et une commodité plus grandes dans la réalisation de son droit (L. 47, 19, 2) : une plus grande sûreté, en ce qu'il peut choisir parmi plusieurs obligés, celui dont la fortune lui offre le plus de garanties, et qu'il court, par conséquent, moins de risques de n'être pas payé ; une commodité réelle, en ce qu'il peut atteindre son but par une action unique au lieu d'en intenter plusieurs contre différents débiteurs pour partie, tout en restant libre, s'il le préfère, de renoncer à la convention faite dans son intérêt et de diviser son action volontairement. La corréalité n'est pas moins utile aux débiteurs qui s'y soumettent : deux personnes veulent emprunter, ou bien désirent faire des réparations à une maison commune dont elles sont propriétaires : chacune d'elles, agissant isolément, n'obtiendrait peut-être pas le crédit nécessaire, tandis qu'en offrant leur engagement sous la forme corréale, elles jouiront d'un crédit qui ferait défaut même pour moitié à l'une ou à l'autre traitant séparément. Il est vrai que, dans une hypothèse, celle où la dette corréale n'intéresse que l'un des débiteurs, les autres jouant alors en réalité vis-à-vis de lui le rôle de cautions, la fidéjussion paraît devoir offrir les mêmes avantages. Mais, même dans ce cas, la corréalité a sa raison d'être : pour le créancier d'abord, on conçoit que lorsque les fidéjusseurs jouissent des différents bénéfices qui leur furent peu à peu accordés, il préférât un engagement qui, par sa nature même, les excluait : et quant au débiteur, seul intéressé, on comprend qu'il lui répugne de divulguer sa situation d'emprunteur et qu'il obtienne de ceux qui consentent à l'aider de leur crédit, que l'on donne à l'acte l'apparence d'une affaire où tous les obligés seraient sur le même pied (L. 7, 8, 14, 6).

Au point de vue actif, s'il y a société ou seulement un intérêt commun entre les créanciers, l'utilité de la corréalité à leur profit n'est pas plus difficile à justifier : chacun d'eux pourra poursuivre le débiteur et se faire payer par lui, sauf à rendre compte ensuite par une action de société ou de mandat à ses co créanciers : s'il n'y a qu'un seul des *correi stipulandi* véritablement intéressé dans l'obligation, les autres n'étant au fond que ses mandataires, l'institution se comprend également, au moins sous le système des *legis actiones* ; comme *nemo alieno nomine agere potest*, la corréalité active sert, en même temps que l'*adstipulatio*, à éluder la règle sans la violer. Mais, en dehors de cette fonction de la corréalité, qui, une fois la procédure formulaire introduite et le mandat admis, dut évidemment disparaître en même temps que l'*adstipulatio*, comme conférant un pouvoir trop dangereux à des personnes sans intérêt dans l'affaire, est-il possible de se figurer la corréalité active entre gens qui n'auraient pas à régler ensemble, qui n'auraient point d'intérêt commun, et à l'égard desquels l'événement du paiement fixerait seul souverainement et définitivement le sort de la créance ?

Et-il possible, à l'inverse, car la même question se pose pour la corréalité passive, de concevoir des débiteurs corréaux, totalement étrangers l'un à l'autre, sans relations entre eux, de sorte que celui qui payera la dette entière en subira exclusivement la charge ?

C'est là un des points les plus délicats de la matière, et les interprètes se sont ingéniés à trouver des cas dans lesquels une telle situation pouvait se présenter.

Pour la corréalité active et passive à la fois, on a supposé tout d'abord une libéralité faite par donation ou legs, par une seule personne à deux autres constituées

correi stipulandi, ou par deux *correi promittendi* en faveur d'une seule ainsi devenue créancière. Mais, comme le dit fort bien M. Accarias, « n'est-ce pas chose de pure fantaisie que ces donations dont on ne pourrait dire dès le début par qui ou à qui elles sont faites? » (*Pr. de Dr. romain*, II, p. 327). Et les mêmes critiques s'appliquent à une hypothèse qu'on a faite (M. Demangeat. *C. de Dr. rom.*, II, p. 264) spécialement pour la corréalité active : deux personnes se présentent chez un *argentarius*, isolément, sans être associées ou mandataires l'une de l'autre, pour emprunter la même somme. Le banquier n'ayant à sa disposition qu'une seule fois cette somme, les constituerait *correi stipulandi* pour sa valeur, ce qui lui permettrait de ne la verser qu'entre les mains de celui qui se présenterait le premier. Il est bien évident que si les emprunteurs ont vraiment besoin de la somme ainsi stipulée, ils ne se contenteront pas d'une promesse aléatoire.

Quant à la corréalité passive, on a supposé (MM. Accarias et Demangeat, *loc. cit.*) la situation suivante : Une personne, qui peut avoir besoin d'une certaine somme, soit à Éphèse, soit à Athènes, selon les circonstances, s'adresse à deux banquiers de Rome, qui ont l'un une succursale à Éphèse, l'autre à Athènes, et comme elle n'a besoin de cette somme qu'une fois elle les constitue *duo rei promittendi*. Il est bien certain que les deux banquiers ne sont ni associés, ni mandataires l'un de l'autre, et que celui d'entre eux qui payera la somme promise n'aura aucun recours à exercer. Mais on peut, avec MM. Machelard (*Observ. sur la corréalité*) et Labbé (*Sur Ortolan*, t. II, p. 807) reprocher aussi à cette hypothèse d'être plus ingénieuse que pratique : en effet, ou bien l'emprunteur possède des fonds chez les deux banquiers auxquels ils s'adresse, et

alors il n'a aucun avantage à les obliger corréalement envers lui, il suffira de stipuler de chacun d'eux isolément : ou bien il se fait ouvrir un crédit, et si, dans ce cas, pour éviter un double droit de change et de commission, il a intérêt à obliger les deux *argentarii* par une promesse corréale ; cet intérêt n'est pas aussi grand qu'il le paraît, car il est fort peu probable que les banquiers accepteront de faire une ouverture de crédit, même avec réalisation éventuelle, sans aucune rémunération.

Comme on le voit, il est très difficile de supposer la corréalité soit active, soit passive, sans supposer aussi entre les *correi* un rapport de droit et des relations autorisant un recours : cependant ce n'est pas impossible. Outre les différentes situations qui ont été énumérées, et qui, quoique peu pratiques, suffiraient pour prouver que tout le bénéfice ou toute la perte *peut, au moins quelquefois*, rester personnels à l'un des *correi*, il en est une autre qui nous paraît avoir dû se présenter assez fréquemment. Deux personnes ont fait entre elles un de ces paris aux jeux du cirque (*sponsio*) si répandus dans l'antiquité (V. Daremberg et Saglio : *Dict. des antiquités* ; au mot *cirque*, et auteurs cités, p. 1199), ou ont stipulé une somme à titre d'enjeu : quel engagement, mieux que l'obligation corréale, garantira les intérêts des parieurs ou des joueurs ? Soit qu'ils se rendent chez un banquier et qu'ils stipulent corréalement tous deux la somme qui fait l'objet du pari ou de l'enjeu, soit qu'ils la promettent tous deux sous la forme corréale, à une troisième personne en qui ils ont confiance et chargée de la remettre à celui d'entre eux que le sort favorisera, il y aura là des exemples de corréalité présentant, tant au point de vue actif qu'au point de vue passif, le caractère aléatoire que lui reconnaît la Loi 62, *Ad legem Falcidiam*.

En résumé la corréalité nous apparaît tantôt accompagnée d'un rapport de droit, tel qu'une société, un mandat unique ou réciproque, entre les *correï*, rapport qui implique un recours au profit de celui qui acquitte la dette ou contre celui qui touche la créance commune, tantôt au contraire, dans quelques cas particuliers, isolée de tout autre lien, entre gens totalement étrangers l'un à l'autre, et nous verrons dans notre chapitre III si un recours peut ici se concevoir.

Dans le premier cas, de beaucoup le plus fréquent et le plus pratique, un rapport particulier, la société, nous est donné, lorsqu'il existe entre les *correï*, comme produisant les effets les plus importants, non seulement à l'égard des cocréanciers ou des codébiteurs associés, mais encore à l'égard du créancier ou du débiteur commun. C'est ainsi que les décisions relatives au compromis, au pacte *de non petendo*, au legs de libération, à la compensation, à la possibilité de demander la cession d'actions sont toutes différentes suivant qu'il y a société ou non entre les *correï*.

Faut-il dans toutes ces décisions prendre le mot *société* dans son sens technique, ou bien appliquer les mêmes principes et les mêmes solutions au cas d'une simple communauté d'intérêts, si éloignée qu'elle puisse être et dès que les *correï* auront un règlement à faire entre eux ? Nous croyons que ce serait aller trop loin dans un sens ou dans l'autre : sans doute, et certaines lois en sont pour nous la preuve (L. 65, *De evict.*; L. 2, C. *De duob. reis*), on ne doit pas restreindre la portée des textes qui font la distinction entre les *correï socii* et *non socii*, au seul cas d'une véritable société entre eux, mais il faudra que l'intérêt commun apparaisse bien net et bien précis, de la nature ou du texte même de la con-

vention à propos de laquelle la corréalié est intervenue : dans tous les cas où la communauté d'intérêts ne serait pas évidente, comme dans toutes les hypothèses où l'existence d'une société serait douteuse, l'un ou l'autre de ces rapports entre les *correï* ne saurait produire des effets sur le lien corréal : en d'autres termes c'est au *correus* qui invoque la communauté d'intérêts ou la société à en faire la preuve : l'intérêt commun ne se présume pas comme en droit français (V. art. 1213), (L. 34, 4, *De recept*; L. 3, § 3; L. 29, *De lib. legatâ*; L. 71, *De fidejuss*). Il y aura peut-être un règlement à faire postérieur à l'extinction de la corréalité, peu importe : comme le dit M. Accarias (*Pr. de Droit romain*, II, p. 329) pour expliquer cette règle : « Les effets de la stipulation se déterminent indépendamment de sa cause, c'est-à-dire sans qu'il y ait à se préoccuper des autres rapports juridiques qui peuvent exister entre les parties. » La formule du contrat ne disant pas s'il y a une communauté d'intérêts entre les *correï*, ceux-ci sont comme étrangers les uns aux autres et devront être considérés, malgré les relations qui les unissent peut-être, s'ils ne les prouvent pas avec évidence, comme *non socii*.

CHAPITRE II

SOURCES DE LA CORRÉALITÉ

I. STIPULATION. — On sait quel fréquent usage les Romains faisaient de cette forme de s'obliger : aussi la

voit-on employée presque exclusivement à l'origine, comme le montre l'expression même *duo rei stipulandi*, *duo rei promittendi*, pour faire naître une obligation corréale. Et si plus tard la corréalité put résulter d'autres contrats, la stipulation en fut toujours la source la plus fréquente, comme mettant, par sa contexture toute spéciale et caractéristique, la volonté des parties hors de doute.

Formes de la stipulation corréale. — Quand deux personnes veulent se constituer *duo rei stipulandi*, pas de difficultés, le mécanisme est net et précis : la première interroge ainsi le débiteur : *Spondes dare decem aureos ?* et la seconde répète la même question : *spondes dare eosdem decem aureos ?* Et c'est seulement après les deux interrogations successives que celui-ci répond : *Spondeo*, ou : *Spondeo utrique vestrum*. Ainsi, toutes les interrogations doivent précéder la réponse du débiteur : si elle s'intercalait entre les demandes, le débiteur serait bien obligé corréalement envers tous ceux qui l'auraient interrogé jusque-là, mais par une stipulation ordinaire et distincte envers les autres. (*Inst. pr. De duobus reis ; L. 4, De duob. reis*, 45, 2.)

Pour la corréalité passive, les formes sont analogues, le créancier adresse successivement à chacun des débiteurs cette interrogation : *Mævi, spondes dare decem aureos ? Sei, spondes dare eosdem decem aureos ?* ou bien leur demande à tous ensemble : *Spondetis ?* et ils répondent tous ensemble : *Spondemus*, ou chacun isolément : *Spondeo*. Mais qu'arrivera-t-il si l'un des débiteurs intercale sa réponse entre les interrogations ! Cette irrégularité de forme empêche-t-elle la formation de la corréalité passive à son égard, comme elle eût empêché la formation de la corréalité active ?

Oui, à notre avis, et nous pensons avec MM. Demangeat (*Oblig. solid. en Dr. romain*, p. 401 et s.) et Accarias (*op. cit.*, p. 312, texte et note) que ce débiteur sera bien obligé, mais comme débiteur distinct, non comme débiteur corréal, et que par conséquent il pourra, en principe, être forcé de repayer le montant de l'obligation déjà éteinte par un des *correi*.

Cette doctrine, combattue par MM. Ribbentrop (*Zur Lehre von der correal Obligationen*, p. 413), Fitting (*Die Natur der cor. Obl.*, § 15, note 101) et de Wangerow (*Pandekten*, t. III, § 573), s'appuie d'abord sur l'analogie entre la corréalité active et passive, qui doit nécessiter dans les deux cas les formes strictes exigées dans le *principium* du titre *De duobus reis* aux Institutes, ensuite sur l'obligation de distinguer par un mode spécial de procéder, le lien corréal de la fidéjussion, qui autrement eût pu se confondre avec lui. Si les Institutes expriment seulement pour la corréalité active que *alia atque alia erit obligatio*, au cas d'une réponse intercalée entre les deux interrogations, il ne faut voir là qu'un désir de ne pas répéter une chose qui allait de soi.

Ainsi dans l'hypothèse que nous venons de faire, d'un créancier stipulant la même somme d'un premier débiteur qui la lui promet, et d'un second qui la lui promet également, hypothèse prévue par Ulpien dans la loi 8, § 5, *De novat.*, 46, 2, il n'y aura pas corréalité pour défaut de formes entre les promettants. Il n'y aura pas davantage novation, d'une des promesses par l'autre, car pour nover il fallait, dans l'ancien droit une forme particulière de la stipulation (M. Accarias, *op. cit.* p. 685), et dans le droit postérieur l'intention certaine des contractants de faire une novation (L. 3 pr. *De duob reis*). Qu'y aura-t-il donc ? Simplement deux débiteurs répondant de

la même dette sans être en rien corréaux, de telle sorte que, comme le dit Ulpien, *uterque tenetur*, mais comme la dette est une, dès qu'elle est payée par l'un ou par l'autre, elle est éteinte : *altero solvente, alter liberatur*. (Voy. L. 8, C. de Novat.)

Conditions de validité de la stipulation corréale. — De ces formes mêmes il résulte que tous les stipulants ou tous les promettants doivent se trouver présents au même lieu. La loi 9, § 2 de notre titre, qui, pour Cujas, Accurse, et quelques interprètes modernes, paraît permettre à deux *correi promittendi* de s'engager dans deux villes différentes, signifie seulement que deux personnes ont promis d'apporter *ex diversis locis Capux pecuniam*, et n'est qu'une nouvelle application de l'idée que les *correi* peuvent s'obliger sous des modalités différentes. Comme le dit Cujas dans un autre sens (*lib. XXVII, Qæstion. Papin*) : *ut disparitas temporis non impedit constitutionem duorum reorum, ita nec disparitas loci*. Si donc les débiteurs ou créanciers corréaux ne peuvent contracter dans des lieux différents, ils peuvent parfaitement et faire venir leur argent d'endroits divers, et effectuer le paiement dans des villes très éloignées.

Les costipulants ou copromettants doivent aussi être présents au même moment : car la stipulation corréale, comme toute stipulation (L. 137, pr. *De verb. obligat.*) doit former un acte continu, ce qui comprend deux règles : 1° Il ne faut pas qu'un temps trop long s'écoule entre les différentes interrogations et réponses des parties (L. 6, § 3 ; L. 12 pr. *De duob. reis*), celle d'entre elles qui deviendrait créancière ou débitrice le lendemain, par exemple, contracterait une obligation ou acquerrait une créance séparée, non corréale. 2° Il est nécessaire qu'aucun acte étranger au lien corréal ne vienne interrompre

l'*unité de contexte* de la stipulation. Mais si l'acte se rapporte directement à la formation de l'obligation corréale, s'il s'agit, par exemple, de l'accession d'un fidéjusseur à l'une des promesses entre les réponses de deux *rei*, il n'empêche en rien la corréalité d'exister même à l'égard du dernier obligé.

Enfin la *congruitas*, conformité entre l'interrogation et la réponse, est exigée ici aussi impérieusement que dans la stipulation ordinaire ; sans qu'on aille cependant jusqu'à annuler la réponse faite ainsi : *Spondeo*, quand le créancier avait interrogé au pluriel : *Spondetis* ? (L. 4, h. tit.) Mais cette dernière condition n'existe plus depuis que l'empereur Léon a décidé par sa constitution qui forme le § 1, *De verborum obligationibus*, aux Institutes, que l'accord de volonté des parties suffit dans toute stipulation, quelques paroles qu'elles aient employées. — Sans doute, la nécessité de ces formes strictes était une grande gêne, mais elle entraînait certains avantages qui expliquent, en partie, avec l'esprit si formaliste du droit romain, leur persistance : 1° Dès l'abord on constate que tous les contractants sont liés au même titre et sur le même pied d'égalité : nul ne pourra donc soutenir s'être obligé simplement à titre accessoire. 2° Si, comme nous l'avons fait remarquer dans notre Introduction, dans le doute, la division de la dette est toujours présumée, il sera ici impossible de prétendre que tous ceux qui ont figuré dans l'obligation n'ont pas chacun stipulé ou promis le tout. 3° Enfin l'intention des contractants, devenue certaine par la forme employée, s'oppose, nous l'avons vu plus haut, à ce qu'on soutienne qu'une des promesses a été novée par l'autre.

II. CONTRAT LITTERIS. — La stipulation corréale, comme on vient de le voir, n'était possible qu'entre personnes

présentes en un même lieu et en un même moment : l'*expensilatio* venait permettre de créer des créanciers ou des débiteurs corréaux dans des circonstances moins étroites. Nous n'avons pas, il est vrai, de texte mentionnant expressément cette fonction du contrat *litteris*, mais pourquoi ne pas appliquer à la stipulation corréale ce que Gaius dit de la stipulation ordinaire dans son *Commentaire* III (§ 138)? *Absenti expensum ferri potest etsi verbis obligatio cum absente contrahi non possit.*

Plusieurs lois du Digeste (L. 9 pr. II, 14 ; L. 34 pr. *De receptis*, IV, 8) nous parlent d'*argentarii quorum nomina simul eunt, simul facta sunt*, et les assimilent aux *correi stipulandi* : *quia unum debitum est*, et cela indépendamment de toute société entre eux. De là à conclure qu'à l'époque où chaque citoyen tenait des livres, chacun pouvait devenir débiteur ou créancier corréal par *expensilatio*, il n'y a pas grande témérité ; d'autant que les *argentarii*, au moins pour le cas où ils étaient associés, se trouvant déjà investis, par leur seule qualité, du droit de demander chacun *in solidum* le montant des créances de l'*argentaria* (V. L. 52, § 5, 17, 2 et *Auct. ad Herennium*, II, 13 ; V. aussi notre partie II, ch. II) on ne peut pas supposer que le privilège de créer des créances corréales par *expensilatio* était exclusivement accordé à leur industrie. La compilation Justinienne n'a parlé que des banquiers, parce que le contrat *litteris*, déjà même à l'époque classique, n'était plus en usage que parmi eux.

Quant aux formes, elles étaient probablement celles-ci : il y avait corréalité active si Primus et Secundus exprimaient sur leurs registres, du consentement de Titius, que les mêmes dix *aurei* avaient été *expensi Titio*, et corréalité passive, si du consentement de Primus et

de Secundus, le créancier portait sur son registre que dix *aurei* avaient été *simul expensi Titio et Secundo*.

III. MUTUUM. — Dans le dernier état du droit au moins, il n'est pas douteux que, soit activement (L. 9, C. IV, 2) soit passivement, (L. 5 et 12, C. *Si cert. pet.* — L. 71, pr. XLVI, 1) la corréalité puisse, dans un *mutuum*, résulter de la simple convention des parties. Mais en était-il déjà ainsi à l'époque classique ? Nous n'hésitons pas à répondre affirmativement ; si, en effet, il est probable qu'à l'origine, la stipulation, et peut-être le contrat *Litteris* étaient les seuls procédés de faire naître une obligation corréale, lorsque d'une part Papinien eut rendu sa fameuse décision, qui forme la loi 9, *principium*, du titre *De duobus reis*, et que d'autre part, le principe : *Omnia quæ inseri stipulationibus possunt, eadem possunt etiam numerationi pecuniæ* (L. 7, XII, 1) fut admis, il nous paraît bien difficile que l'engagement corréal n'ait pu se former sans stipulation, par un simple accord de volonté des parties, concomitant à la tradition et à la prise de possession de l'argent.

La règle d'Ulpien que nous venons de citer nous paraît répondre victorieusement à deux objections qu'on fait à notre doctrine, et qui d'ailleurs se réfutent aussi par d'autres arguments. La première est fondée sur la nécessité de l'équivalence dans les contrats *re* entre la valeur livrée et la valeur à restituer, nécessité que Paul exprime ainsi : *Re non potest obligatio contrahi, nisi quatenus datum sit : si tibi decem dem et paciscar ut viginti mihi debeantur, non nascitur obligatio ultra decem* (L. 17, pr. II, 14. — L. 11, § 1, X, 1). Or, dit-on, si le prêteur livre 10 aux emprunteurs, il est certain que presque toujours chacun ne profitera que de 5, et par conséquent se trouvera rendre plus qu'il n'a reçu, puis-

qu'il sera obligé à 10, de sorte que la règle sera violée. A quoi je réponds que le créancier a donné 10, abstraction faite des rapports quels qu'il soient qui existent entre les débiteurs et qu'on ne lui rendra que 10, c'est-à-dire juste ce qu'il a donné. Si d'ailleurs, avec MM. Labbé et Gérardin (à leurs cours) on se refuse à voir dans la convention de corréalité, un pacte adjoint, la règle de Paul, relative aux pactes, ne saurait évidemment lui être appliquée.

La deuxième objection repose sur l'habitude qu'avaient les Romains d'affermir et de consacrer l'obligation née *ex mutua datione* par une stipulation. Rien ne prouve, dit-on, que dans le seul texte de l'époque classique (L. 71 *De fidej.*) que l'on puisse citer, cette stipulation n'ait pas rendu possible la corréalité. C'est là une supposition pure ; pourquoi le jurisconsulte toujours, si soigneux d'employer les expressions *rei stipulandi* ou *promittendi*, même dans les cas où manifestement il n'y a pas eu de stipulation, a-t-il dit : *Pecuniam mutuam accipientibus, ita ut duo rei ejusdem debiti fuerint*.

IV. CONTRATS DE BONNE FOI. — Les contrats de bonne foi, dépôt, commodat, vente, louage, etc., pouvaient aussi, sinon à l'origine, au moins à l'époque classique, engendrer, par simple convention entre les parties, un rapport de véritable corréalité. Je n'en voudrais d'autre preuve, à défaut de textes précis, que cette règle que dans cette classe de contrats l'exécution de toute clause ajoutée *in continenti* pouvait être poursuivie par l'action même née du contrat (L. 7, § 5, II, 14), et je ne vois pas pourquoi, une fois ce principe admis, on eut fait exception pour la convention de corréalité. — Mais il y a des textes qui supposent expressément la corréalité naissant de contrats de bonne foi : pour la corréalité

passive, c'est d'abord la célèbre loi 9, *principium, De duob. reis*, où Papinien dit positivement que deux personnes *fuint duo rei promittendi* non seulement en vertu d'une stipulation, mais encore en vertu des contrats comme un dépôt, un commodat, une vente, un louage, si elles ont exprimé leur volonté à cet égard : ce sont ensuite les lois 13, § 9 ; L. 47, XIX, 2 ; — L. 13, C. IV, 65 ; — L. 31, § 10, XXI, 1, qui toutes donnent la même décision dans des applications particulières : quant à la corréalité active, un texte, la loi 1, § 44, XVI, 3, la reconnaît formellement entre deux déposants, et de là à induire qu'elle pouvait exister dans tous les contrats de bonne foi, il n'y a pas grande hardiesse. La rareté des décisions des jurisconsultes sur ce point, s'explique par cette considération que pratiquement le rapport de corréalité devait être fort rare entre créanciers.

Le pacte de constitut, qui, en sa qualité de pacte prétorien, ne pouvait être moins libre que les contrats *bonæ fidei*, donnait également naissance à la corréalité (L. 16, pr., XIII, 5).

La doctrine que nous venons d'exposer sur les contrats de bonne foi est, nous le savons, vivement combattue par de remarquables auteurs : on prétend que des obligations *in solidum* seules, peuvent se former dans cette hypothèse, et que des contrats de droit strict seulement peut résulter la véritable corréalité. Nous retrouverons cette affirmation, pour la réfuter, dans la deuxième partie relative aux obligations *in solidum*.

Ce qui est à peu près certain, et c'est là, peut-être, l'origine du système que nous venons d'indiquer, c'est que, lorsqu'il s'agit d'un contrat de bonne foi où plusieurs personnes ont figuré d'un même côté, dans le doute sur l'intention des parties, on présumera, si elles n'ont rien

dit, la division de l'obligation entre elles, selon le droit commun, et si elles ont parlé de la faculté d'agir *in solidum*, la simple solidarité plutôt que la corréalité : mais il ne s'ensuit pas que cette dernière soit impossible à constituer.

IV. TESTAMENT. — Papinien, dans la loi 9 que nous venons de citer, assimile le testament aux contrats : c'est qu'en effet il y a un certain concours de volonté entre les héritiers qui acceptent la succession et continuent ainsi la volonté du testateur et les légataires qui déclarent vouloir bénéficier de ses dispositions. Le jurisconsulte indique même les formes à suivre pour faire naître la corréalité passive, et elles sont encore plus explicitement données dans un fragment de Pomponius (L. 8, § 1, *De leg.*, 1^o) et dans un texte de Paul (L. 25 pr. *De leg.*, 3^o). Il faut que testateur ait dit : *Lucius Titius heres meus aut Mævius heres meus decem Seio dato* (Papinien dit *et*, au lieu de *aut*, mais ce n'est là qu'une erreur de rédaction, comme le prouve le singulier *dato*.), et le légataire peut alors choisir celui des héritiers qu'il veut poursuivre pour le tout. — Parcillemeut plusieurs légataires sont constitués *rei credendi*, lorsque l'héritier doit payer un legs à l'un d'entre eux, ce qui a lieu lorsque le testateur a employé cette formule : *Titio aut Seio, utri heres vellet, do lego* (L. 16, *De leg.*, 2^o). — Si le testateur, en effet, au lieu d'employer cette formule, eût dit simplement : *Titio aut Seio do lego*, ici, à la différence de ce qui avait lieu pour la corréalité passive, on aurait controversé sur le point de savoir si chacun des légataires avait droit au tout. Certains jurisconsultes, interprétant comme s'il y avait : *Titio et Seio*, les faisaient venir en concours, et c'est en ce dernier sens que Justinien trancha la question, (L. 4, C. 6, 38) comme pour l'institution d'héritier.

Remarquons qu'ici il est impossible de soutenir qu'il n'y a pas un rapport de véritable corréalité : Paul, dans la loi 16 *De leg.*, 2^e est aussi affirmatif que possible : *Ut stipulando duo rei constitui possunt, ita et testamento potest id fieri.*

D'ailleurs, l'action qui naît du legs *per damnationem* étant de droit strict, la controverse que je signalais tout à l'heure, à propos des contrats de bonne foi, ne saurait avoir de base en matière de testament.

SENTENCE JUDICIAIRE. — La décision du juge pourra, en fait, par une erreur de sa part, créer des débiteurs corréaux, s'il condamne expressément en cette qualité de simples débiteurs conjoints. De même, il peut admettre à l'action *judicati*, comme créancier corréal, un simple créancier *pro parte* : mais ce mode de créer une obligation corréale, pur résultat d'une erreur, ne saurait être rangé parmi les véritables sources de la corréalité.

Quant à une sentence judiciaire condamnant chacun de plusieurs débiteurs à répondre de la totalité de la dette, ainsi qu'il appert de la loi 43 (42, 1) et des lois 1 et 2, C. 7, 55, je crois qu'elle peut bien créer une obligation *in solidum*, mais en l'absence de textes précis, je la crois impuissante à faire naître un rapport de véritable corréalité. C'est un point qui sera examiné plus en détail dans la partie II de ce travail.

CHAPITRE III

DES EFFETS DE LA CORRÉALITÉ ACTIVE ET PASSIVE

Étudier les effets de la corréalité, c'est chercher quelle est, sur la créance ou l'obligation commune, l'influence

des actes où figure l'un des créanciers où l'un des débiteurs. Ces actes atteignent plus ou moins l'existence de l'obligation corréale : les uns ont pour résultat de l'éteindre entièrement et de supprimer tout lien de créancier à débiteur ; les autres, au contraire, n'ont d'effet qu'à l'égard de l'obligation du *correus* en cause, et laissent subsister intacte celle des autres (L. 19 *De duob. reis*). A l'inverse, certains événements ont pour conséquence, les uns de perpétuer l'obligation d'un des *correi* malgré la disparition de celle des autres, les autres d'amener sa persistance à l'égard de tous par le fait d'un seul.

Nous diviserons donc ce chapitre en deux sections : dans la première, nous examinerons les événements qui influent sur l'obligation corréale elle-même, et dans la seconde, les événements qui influent seulement sur l'obligation d'un des *correi*. Comme d'ailleurs, à peu de chose près, les mêmes décisions s'appliquent à la corréalité active et à la corréalité passive, elles seront menées de front, sauf à accuser les quelques différences qui se présenteront.

SECTION I

ÉVÉNEMENTS QUI INFLUENT SUR L'OBLIGATION CORRÉALE ELLE-MÊME

I. — Du Choix

C'est là un effet propre à la corréalité et à la fidéjussion par opposition à ce qui a lieu dans l'*obligatio in solidum*. L'un quelconque des *correi credendi* a le droit de poursuivre le débiteur pour le tout ; de même, au cas de corréalité passive, le créancier a le droit de choisir l'un des *correi debendi* et de lui réclamer toute la dette : mais une fois le choix exercé pour le tout par un

correus ou contre lui, les autres *correi* n'ont plus aucun droit ou se trouvent libérés par là même, comme en matière de fidéjussion, l'action dirigée contre le fidéjussur libère le débiteur principal et réciproquement; *electo uno, alter liberatur* disent les textes (L. 2. *De duob. reis*; L. 31, 1. *De nov.*; L. 5, 46, 1). Dans l'obligation *in solidum*, la règle est tout opposée: le droit des créanciers ne s'éteint jamais que *perceptione, non electione*. Est-ce là une différence radicale dans la nature et l'essence des obligations corréales et *in solidum*, comme on paraît généralement le croire, ou bien n'est-ce au contraire qu'un adoucissement apporté par les nécessités de la pratique et par un besoin d'équité, aux effets si rigoureux de la corréalité originairement seule admise? C'est là une question qui sera traitée dans le chapitre relatif à la nature de l'obligation *in solidum*.

Quoi qu'il en soit, la règle est certaine, l'*electio* d'un des *correi debendi* faite par le créancier, ou la poursuite exercée par un des *correi credendi* éteint toute l'obligation originaire. Quels sont donc les actes qui impliquent *electio*? Quels sont les événements à partir desquels on pourra dire les *correi promittendi* non choisis libérés, et les *correi stipulandi* qui n'ont pas agi sans aucun droit?

LITIS CONTESTATIO. — Dès qu'il y a eu *litis contestatio*, les textes sont formels, le droit nouveau qui résulte de cet événement de procédure a remplacé tout autre droit: l'obligation n'existe plus qu'entre la partie poursuivante et la partie poursuivie (L. 2 et 16, *De duob. reis*) (1). L'action du créancier entre les codébiteurs non poursuivis se trouvait, selon les cas, soit éteinte *ipso jure*, soit

(1) V. aussi L. 5, *in fine*, *De fid.* XLVI, 1.

paralysée par une exception *rei judicatæ* ou *in judicium deductæ* (L. 51, 4, XXI, 2), et de même, au cas de corréalité active, les créanciers qui n'avaient pas poursuivi, se voyaient repoussés par des moyens semblables. — Comment concilier cet effet de la *litis contestatio* qui fait perdre aux créanciers l'utilité et la garantie résultant de la corréalité juste au moment où ils en auraient le plus besoin, avec le principe énoncé par Paul que : *Neque enim deteriorem conditionem nostram facimus, actionem exercentes, sed meliorem* (L. 29, de novat.). Comment concevoir que le créancier, qui, avant que la *litis contestatio* fût intervenue, avait plusieurs débiteurs, n'en ait plus qu'un après qu'elle a eu lieu, et comment s'expliquer que les créanciers inactifs se trouvent sans droit, alors que celui d'entre eux qui a eu recours au magistrat n'obtiendra peut-être qu'une satisfaction illusoire ou une absolution ?

Cette question paraît fort difficile : je vais cependant essayer de la résoudre et sans recourir à la théorie dite de *l'alternativité*, équivoque dans ses termes, et reculant seulement la difficulté sans l'élucider, ni au système de l'unité d'obligation fondé sur la règle, inexacte dans l'espèce, puisque l'*eadem conditio personarum* manque : *Bis de eadem re ne sit actio*, je vais tenter d'expliquer avec des faits certains, sans hypothèse, ce résultat bizarre au premier abord.

Étant donnés deux points incontestables : 1° qu'il est de l'*essence* de l'obligation corréale qu'un seul paiement ou satisfaction équivalente, éteigne l'obligation *erga omnes*, 2° que la *litis contestatio* a pour effet de fournir au demandeur l'*équivalent du paiement* en lui octroyant un droit nouveau, à la place de celui qu'il possédait auparavant, dans toute espèce d'obligation, il a été tout

naturel et très logique de faire jouer à la *litis contestatio* dans l'obligation corréale son rôle ordinaire, de l'assimiler au paiement et par conséquent de lui faire supprimer l'obligation à l'égard de tous ceux qui n'avaient pas été parties dans l'instance (1). C'est là sans doute un effet rigoureux, mais qui, dans l'espèce, est parfaitement logique : et ce qu'il faut critiquer, c'est, non pas la fonction de la *litis contestatio* dans l'obligation corréale ou dans la fidéjussion spécialement, mais en général et dans toute espèce d'obligation, le principe qui éteignait le droit du créancier par la seule *deductio in iudicium*.

Quant à l'affirmation de Paul, que nous ne faisons pas notre condition pire en déduisant notre droit *in iudicium*, je ne vois pas qu'elle aille en rien contre mon explication. En effet, le créancier, ou les créanciers s'il s'agit de corréalité active, savaient parfaitement, *a priori*, qu'il était de la nature du droit qu'ils créaient de ne pouvoir engendrer qu'une seule action pour le tout. Ce droit existait auparavant tel qu'il apparaît après la *litis contestatio* : celle-ci ne l'a pas *restreint*, elle n'a fait que le *déterminer*. Avant qu'elle fût intervenue, il y avait, selon l'heureuse expression de M. Labbé (à son cours), *une dette flottante* sur plusieurs ou aux mains de plusieurs. Le créancier, pour ne considérer que le cas de la corréalité passive, qui est le plus pratique, n'a dû en contractant entendre se procurer qu'un seul avantage, la possibilité d'un choix entre plusieurs débiteurs à un moment donné, en un mot la chance de plusieurs solvabilités : cette chance, il l'a eue, de quoi se plaindrait-il ? Si la pour-

(1) Cette manière de voir peut trouver sa confirmation dans la comparaison que fait Venuleius de la *litis contestatio* et du paiement : *Fere convenit, dit-il, et uni recte solvi et unum iudicium potentem totam rem in litem deducere.*

si l'e exercée trompe ses espérances, il a encore été plus favorisé qu'un créancier ordinaire, qui voit aussi son droit éteint par la *deductio in iudicium*, sans avoir eu, comme lui, le droit de choisir entre plusieurs obligés.

Le créancier peut, bien entendu, pour éviter, dans une certaine mesure, ces effets de la *litis contestatio*, diviser son action par portions égales entre les différents débiteurs, s'il les croit tous solvables pour partie, ou bien demander à l'un une part minime de la dette et tout le reste à un autre, s'il n'a confiance en lui que pour une somme déterminée, sauf bien entendu les règles de l'exception *litis dividuæ* (Gaius, C. IV, § 122, et M. Demangeat, *Obl. sol.*, p. 71).

De même, chacun des créanciers corréaux peut, pour éviter un recours peut-être hasardeux, exercer l'action pour sa part.

CHOSE JUGÉE. — Que le *correus* poursuivi ait été condamné ou absous, que le créancier qui a obtenu jugement ait été payé ou ait été évincé, il est bien certain que, la *litis contestatio* ayant déjà éteint l'obligation ou le droit des autres *correi*, la chose jugée est pour eux sans importance. Mais lorsque Justinien eut supprimé cet effet de la *deductio in iudicium*, l'exception *rei iudicatæ* résultant d'un jugement rendu au profit d'un des *rei promittendi* put-elle être invoquée par ses codébiteurs ou opposée aux autres *correi stipulandi* par le débiteur commun absous sur la poursuite d'un d'entre eux ?

L'affirmative ne nous paraît pas devoir faire de doute, en présence du texte suivant de Pomponius relatif au fidéjusseur et au débiteur principal : *Item si reus iuravit, fidejussor tutus sit, quia et res iudicata secundum alterutrum eorum utrique proficeret.* (L. 42, 2, XII, 2; V. aussi L. 7, 1 *De except.*) Et si le jugement rendu au profit de

la caution peut être invoqué par le débiteur principal on peut en conclure avec M. de Savigny (*Des obligations*, p. 212), « que ce n'est pas le rapport accessoire du cautionnement, mais plutôt le rapport de corréalité contenu ce cautionnement, qui forme la base de la règle. »

La règle est différente, comme on le verra, en matière d'obligation *in solidum* : la chose jugée en faveur d'un des débiteurs ne peut être invoquée par les autres (L. 52, § 3, *De fidej.*).

SÉPARATION DES PATRIMOINES. — L'un des *correi debendi* meurt, et l'autre lui succède ; le créancier demande la séparation du patrimoine du *de cuius*, d'avec celui de l'héritier, cet acte implique-t-il *electio* de la part du créancier, et lui fait-il perdre le droit d'actionner le *correus* héritier ? Non, à notre avis : la solution doit être ici évidemment la même qu'en matière de fidéjussion, et Papinien nous dit formellement que si le créancier a demandé la séparation du patrimoine du fidéjusseur d'avec celui du débiteur principal devenu son héritier, et s'il n'a pas été complètement désintéressé sur les biens du premier, il peut encore demander le reste au débiteur principal héritier (L. 1 pr., et § 1, 42, 6). Qu'on n'objecte point les décisions de Paul et d'Ulpien (L. 1, § 17, et L. 5 *eod tit.*), d'après lesquelles ceux qui ont demandé la séparation des patrimoines *recesserunt a persona heredis*, car ces jurisconsultes étaient manifestement d'une autre opinion que Papinien, et la doctrine de ce dernier était la plus suivie comme plus conforme à l'origine prétorienne de la *separatio bonorum*.

Ainsi comme on le voit, à l'époque classique l'*electio* et la *litis contestatio* s'identifient : tant que celle-ci n'a pas eu lieu, le créancier conserve intacte son action contre tous les *correi* et chacun des *correi credendi* peut

encore prendre l'initiative des poursuites : une fois que la procédure en est arrivée là, *par ce seul fait*, tout se trouve terminé à l'égard des parties qui n'étaient pas dans l'instance: il n'y a plus qu'un droit nouveau entre le demandeur et le défendeur. Mais, remarquons-le bien, aucun autre événement de procédure que la *litis contestatio* ne produit cet effet, de sorte que la théorie qui prétend l'expliquer par la possibilité d'une *electio* unique entre les débiteurs faite par le créancier, n'en rend pas compte davantage que la doctrine généralement admise, et d'après laquelle il n'aurait droit qu'à une *litis contestatio* unique.

II. — Payement

L'objet de l'obligation corréale est unique ; il est donc de son essence d'être éteinte lorsque cet objet est fourni. Volontaire ou forcé, fait par portions avec leur consentement à tous les créanciers (L. 31, 1, 46, 2; L. 16 2, 31 *uu.*; L. 34, 1, 46, 3) ou par chacun des débiteurs (L. 8, 1, *leg.* 1^o, 30 *un.*; L. 34, 1, 46, 3) ou fait entièrement à un seul ou par un seul, le payement éteint la dette *erga omnes*.

Le dépôt fait en justice de l'argent offert à un créancier, lorsqu'il ne l'a pas accepté, produisant les mêmes effets qu'un payement entre ses mains (L. 19 C. 4, 32. — L. 9, C. 8, 43) il s'en suit que le créancier choisi a seul droit à l'argent déposé, et que les autres n'ont plus d'action à exercer. De même tous les débiteurs sont libérés quand l'un d'eux offre l'argent au créancier commun et le dépose ensuite sur son refus.

La *datio in solutum* d'un objet à la place de celui qui était dû, faite avec le consentement du créancier commun

par un des débiteurs corréaux, libère les autres comme un véritable paiement (Gaius. III, 168. — *Inst.* III, 29). Si en effet la question de savoir si la délibération opérée ainsi avait lieu *per exceptionem* ou *ipso jure*, était controversée dans l'ancien droit, elle a été tranchée en ce dernier sens par Justinien. De même la *datio in solutum* faite à l'un des créanciers corréaux fait perdre leur droit aux autres.

III. — Acceptilatio

Faite à l'un des débiteurs par le créancier commun ou au débiteur unique par l'un des *correi credendi*, l'acceptilation éteindra la dette *erga omnes* (L. 26; L. 16. pr. 46, 4. L. 3, 3, 34, 3. L. 12, 3, 52). Mais en vertu de la règle énoncée dans la loi 35, *De reg. juris*, que les obligations se dissolvent de la même manière qu'elles se forment, l'acceptilation, sauf le procédé artificiel de la stipulation Aquilienne, ne pouvait s'employer que pour les obligations nées de contrats *verbis*; appliquée à un autre contrat, elle n'est pas autre chose qu'un pacte *de non petendo*, et n'est plus régie par les mêmes décisions.

La *dictio dotis*, ou constitution de dot, lorsqu'elle avait pour objet la somme dont une femme était créancière envers son mari, produisait, selon les uns, les mêmes effets que l'*acceptilatio* et par conséquent libérait *ipso jure* le mari débiteur (L. 77, *De jure dotium*; L. 31, 1, *De novat.*); selon les autres, ne lui fournissait qu'une exception *pacti conventi* (L. 4, 1, *De jure dotium*). Suivant qu'on suivra l'une ou l'autre de ces deux opinions, il faudra décider que si un tiers était créancier corréal du futur mari en même temps que sa femme,

sa créance se trouvera, par la *dictio dotis*, ou absolument éteinte, ou seulement paralysée par une exception.

IV. — Novation.

La novation qui intervient entre le créancier commun et l'un des débiteurs corréaux, qu'elle ait lieu par changement de débiteur ou de créancier, par *expromissio* ou par *delegatio*, libère tous les autres (L. 31, 1, 46, 2). Voilà un résultat certain et logique : la corréalité tombe avec les accessoires de l'ancienne créance, fidéjussion, hypothèques, gages, etc., car le créancier, qui avait seul intérêt dans l'affaire a opéré cette modification par un acte libre de sa volonté. Mais la solution semble moins naturelle quand il s'agit de corréalité active : est-il équitable qu'un des créanciers puisse par un arrangement particulier avec le débiteur, dépouiller ses cocréanciers de leur droit ? Je ferai observer deux choses : d'abord que si les *correi credendi* sont associés, ils profiteront tous d'une manière indirecte de la novation, et s'ils ne sont pas, ils ont consenti volontairement à cette situation qui les mettait à la merci les uns des autres ; en second lieu, que si, dans tous les cas, un créancier peut, ce qui est indubitable, dépouiller tous les autres par une *acceptilatio*, *à fortiori* doit-il avoir le même droit, par une novation qui lui donne un équivalent de la créance qu'il anéantit. La question de savoir si la novation doit produire les mêmes effets quand elle émane d'un des *correi credendi* avec le débiteur qu'en matière de corréalité passive, ne se poserait donc même pas, si un texte de Paul, la loi 27 pr. *De pactis* (II, 14) ne paraissait venir établir une différence et se trouver en contradiction avec la décision de Venuleius citée plus haut (L. 31, 1, 46, 2), qui accorde à un des créanciers le droit de nover au préjudice des autres.

Parmi les interprètes, les uns ont essayé d'une conciliation en distinguant entre les *correi socii* et les *correi non socii* : ils ont prétendu que Paul n'entendait appliquer sa décision qu'aux premiers, et que pour les seconds ils étaient soumis à la règle énoncée par Venuleius : d'autres au contraire (MM. Accarias et Demangeat) ont soutenu avec grand talent qu'il y avait eu simplement divergence entre les jurisconsultes romains sur les effets de la novation faite par un *reus stipulandi*. Je n'admets ni l'une ni l'autre de ces explications : sur la première d'abord, je ferai remarquer que Venuleius donne une décision générale appliquée par lui aux *correi non socii* comme aux *correi socii*, ce qui suffit pour me faire repousser toute distinction. Sur la seconde, je soutiens que, si dans le droit antérieur, ainsi qu'on en voit la trace, non seulement dans le texte de Paul, mais encore dans celui de Venuleius : *An alter jus novandi habeat quaeritur*, et plus loin : *Fere autem convenit*, il y avait eu controverse, comme d'ailleurs pour la *litis contestatio* et le paiement, sur les effets de la novation consentie par un seul des *rei stipulandi*, dans la doctrine définitive les jurisconsultes s'étaient parfaitement mis d'accord. Je n'en veux d'autres preuves que Paul lui-même.

Quelle est en effet la question posée dans la loi 27, *De pactis* ? Celle-ci : le pacte *de non petendo in rem* consenti par un *argentarius socius* au débiteur commun fait-il perdre à l'autre son action ? Non, dit Paul avec Neratius, Atilicinus et Proculus ; Labéon est du même avis, et il se fonde sur ce que toute personne, *alium*, qui peut recevoir paiement valable ne peut pas par là même faire une novation opposable aux tiers ; ce qui est certain. Suivent des exemples auxquels on pourrait joindre en première ligne l'*adjectus solutionis gratia* :

idemque in duobus reis stipulandi dicendum est, conclut Paul. — Cela veut-il dire qu'un des *rei stipulandi* quoiqu'apte à recevoir le paiement, ne peut pas nover et enlever leur action à ces cocréanciers ? c'est impossible, car alors on mettrait Paul en contradiction avec lui-même. Voici, en effet, ce qu'il dit dans la loi 10 *De novationibus* : *Cui recte solvitur, is etiam novare potest*. — La phrase citée plus haut, n'est-elle au contraire qu'une réponse à la question posée en tête de la loi, relativement à l'effet du pacte *de non petendo*, et renouvelée à propos des *rei stipulandi* ? C'est la seule hypothèse qui reste possible, et elle a l'avantage de concilier Paul avec lui-même, les principes du droit romain et les effets de la corréalité active avec ceux incontestables de la corréalité passif en matière de novation.

Voici donc comment je résumerai le sens de la loi 27, *De pactis*, sur notre question ; le pacte *de non petendo*, même *in rem*, consenti par l'un des créanciers au débiteur commun, ne peut pas plus nuire à ses cocréanciers que le pacte consenti par un *argentarius socius* ne peut nuire à son associé. Quant à la novation, Labéon seul en parle incidemment.

V. — Pacte de constitut

De deux choses l'une, ou bien le pacte de constitut émane d'un tiers pour le débiteur, ou bien il a lieu entre le créancier et le débiteur seul : au premier cas, l'obligation du tiers est *présumée* s'adjoindre à celle du débiteur primitif, mais un seul paiement les éteint toutes deux (Gaïus, L. 28, *De pec. constituta*, XIII, 5, L. 18, 3 *eod. tit.*) : au second l'obligation ancienne est *présumée* éteinte *exceptionis ope*, et le débiteur n'est plus obligé efficacement que par l'action

de pecunia constituta : il s'opère ici une sorte de novation moins énergique dans ses effets (L. 5, 2 et L. 25, pr., *De pec. const.*, et M. Accarias, p. 761) : sauf, bien entendu, modifications apportées dans les deux cas aux effets du constitut par la volonté des parties. — Appliquons ces principes aux obligations corréales : si un tiers prend jour au nom du débiteur commun pour payer la dette à l'un des *rei stipulandi*, celui-ci se trouve avoir acquis un débiteur accessoire dont la situation est analogue à celle d'un fidéjusseur ou plutôt d'un *mandator pecuniæ credendæ*, et tous les autres *rei* conservent leur droit intact ; si, au contraire, c'est le débiteur commun qui a conclu le pacte de constitut, tous les *rei stipulandi* seront repoussés par une exception lorsqu'ils exerceront la créance primitive. Et c'est la solution que donne Paul dans la loi 10, *De pec. constituta*, ajoutant même, avec un peu d'exagération que *loco ejus cui jam solutum est, haberi debet is cui constituitur*. De cette décision générale, nous pouvons conclure avec certitude pour les *correi socii*, comme nous le verrons à propos du pacte *de non petendo*, et avec beaucoup de vraisemblance pour les *correi non socii* ; que le pacte de constitut fait avec l'un d'eux par le créancier commun, l'empêchait d'invoquer désormais utilement l'obligation corréale (MM. Demangeat, p. 88 et Accarias II, p. 320 ; *contra* Savigny, *Oblig.*, p. 167).

VI. — Serment (1)

L'un des *rei promittendi* jure sur l'invitation du

(1) Il est bien entendu qu'il s'agit ici du serment qui porte sur l'existence même de la dette, et non point sur la question de savoir si tel ou tel *correus* est obligé, car il rentrerait alors parmi les événements qui n'éteignent que l'obligation d'un des *correi* (L. 28, 1 *De jurejur.*, et chez nous, C. eiv., a. 1363).

créancier que la dette n'existe pas, tous seront libérés : le même serment prêté par le débiteur commun sur l'invitation d'un des *rei stipulandi* le décharge de toute dette (L. 28, *De jurej.*, § 1 et 3, XII, 2) parce que le serment *in locum solutionis succedit*. (Voir aussi L. 27, h. tit.)

Si, au contraire, sur l'offre d'un des *rei promittendi*, le créancier jure que la dette existe (*sibi dari oportere*), il ne pourra se prévaloir de ce serment contre un des débiteurs autre que celui qui l'a déféré : les textes sont muets sur ce point, mais *favorabiliores rei potius quam actores habentur* (L. 125, L. 17. — L. 47, XLIV, 7) et d'ailleurs l'assimilation avec le paiement n'est plus possible. Si c'est un des *correi stipulandi* qui, sur l'invitation du débiteur, jure que la dette existe, la question est plus délicate : les autres pourront-ils intenter l'action *de jurejurando*? M. Accarias soutient l'affirmative (p. 321), M. de Savigny, la négative (p. 208).

VII. — Perte de la chose due

Si l'objet de l'obligation corréale est un corps certain, et qu'il périsse fortuitement avant toute mise en demeure (L. 91, 1, 2 et 3, *De verb. oblig.*), le débiteur ou les *correi promittendi* se trouveront libérés *ipso jure*. La perte de la chose due dans ces conditions est en effet une cause d'extinction des obligations.

SECTION II

ÉVÉNEMENTS QUI, EN GÉNÉRAL (1), INFLUENT SEULEMENT SUR L'OBLIGATION D'UN DES CORREI.

1. — Pacte de non petendo

CORRÉALITÉ ACTIVE. — Les actes d'un créancier ne peuvent

(1) Nous disons *en général*, car on trouve réunis dans cette sec-

nuire aux autres, c'est là une règle de bon sens et d'équité. Il en résulte que le pacte de remise, qu'il ait été fait *in rem* ou *in personam*, qu'il y ait ou non société entre les *correi*, consenti par l'un d'eux au débiteur commun, est toujours sans effet à l'égard des autres (L. 26, pr. et L. 27, *De pactis*). S'il en est autrement au cas d'acceptation, de novation ou de serment, c'est que ces modes d'extinction sont en droit romain assimilés à un paiement.

Ainsi les *correi stipulandi* qui n'y ont pas participé pourront, nonobstant le pacte, poursuivre le débiteur commun, mais pourront-ils le poursuivre pour le tout s'ils étaient en société avec celui qui a consenti le pacte? C'est une question qui est soulevée par M. Accarias (p. 326). Les textes sont muets, mais il me semble qu'il serait bien illogique de leur accorder ce droit, puisque la société aurait précisément pour effet de les obliger à donner sa part à celui d'entre eux qui a fait la remise, c'est-à-dire à lui procurer un émolument qu'il s'est engagé à ne pas toucher. Il faudrait donc, à mon avis, décider que les autres *correi stipulandi* ne pourront poursuivre le débiteur commun que déduction faite de la part de celui qui a fait la remise.

CORRÉALITÉ PASSIVE. — Il faut faire une distinction :

1° *Les correi promittendi ne sont pas socii.* — Si le pacte de remise est limité par le créancier à la personne de l'un d'eux expressément (*in personam*), il n'a d'effet qu'à son égard : ses héritiers eux-mêmes ne peuvent

tion des événements qui comme l'interruption de prescription, produisent effet à l'égard des tiers, et d'autres qui, comme la compensation ou le pacte amènent, selon les cas, une extension partielle ou totale de l'obligation, mais il est impossible de faire une distinction *absolue* en cette matière.

l'invoquer (L. 25, 1 et 57, 1, *De pactis* ; L. 71 *De fidej.*). Si, au contraire, le pacte a été fait à l'un des *correi promittendi* en termes généraux (*in rem*), en principe, même décision, les autres *correi* ne peuvent s'en prévaloir (L. 25, *De pactis*, arg. à contrario, et L. 23). C'est seulement en effet lorsqu'un recours viendrait enlever le bénéfice de la remise au débiteur, qu'on étend les effets du pacte à son coobligé (L. 5, 21 *De pactis*, II, 14). C'est ainsi que la remise faite au débiteur principal profite à la caution, tandis que celle qui est faite à la caution ne profite ni au débiteur principal, ni à ses cofidéjusseurs (L. 23, *De pactis*, et L. 24). Le pacte de remise même *in rem*, reste donc, lorsqu'il n'y a pas société entre les *correi*, personnel à celui à qui il a été consenti : cependant si, en fait, il est démontré que le créancier a entendu abandonner totalement sa créance, les autres *rei promittendi*, par analogie des décisions de Paul et d'Ulpien relativement au fidéjusseur dans la même hypothèse (L. 10, 2, *De pactis*), pourront opposer à son action, non pas l'exception de pacte, puisqu'ils y ont été étrangers, mais celle de dol, dont l'application était fort large en droit romain.

2° *Il y a société entre les correi promittendi.* — Dans ce cas le pacte profitera, non seulement au *correus* à qui il a été consenti, mais encore à tous les autres ; car autrement leur recours ferait perdre partiellement à leur coassocié le bénéfice de la remise (L. 23 et 25. *De pactis.*)

LEGS DE LIBÉRATION. — C'est une sorte de remise faite par testament ; on peut donc le rapprocher du pacte *de non petendo*. Le testateur a légué sa libération à l'un des *rei promittendi*, les autres seront-ils soumis à l'action de l'héritier ? Oui, s'il n'y avait pas société entre

eux, le légataire seul aura l'exception *testamenti* ou *doli mali*; non s'il y avait société, car alors leur recours ferait perdre à leur coassocié le bénéfice de sa libération et ils pourront eux-mêmes opposer l'exception de dol (Anal. de la L. 49, pr., *De fidej.*). Que si le *correus* à qui, sa délibération a été léguée agit *ex testamento* contre l'héritier pour obtenir l'extinction de son obligation, sans attendre une poursuite de sa part, et pour n'avoir pas à redouter des contestations tardives sur la validité du legs (§ 13, II, 20, *Inst.*), il pourra tantôt exiger une acceptilation de sa dette, tantôt un simple pacte *de non petendo* : une acceptilation, s'il est *socius*, et ses coassociés se trouveront du même coup libérés avec lui, mais c'était nécessaire pour le faire échapper à leur recours ; un pacte *de non petendo* seulement, en l'absence de société, car alors il n'y a plus de raison pour étendre les effets du legs aux autres *correi*; ils resteront tenus de la dette, et le légataire seul jouira de l'exception née du pacte (L. 3, 3 *De lib. leg.* XXXIV, 3 ; L. 5, pr. et § 1, *eod. tit.*)

2. — Compromis

L'un des *correi stipulandi* a fait un compromis avec le débiteur; ou l'un des *correi promittendi* avec le créancier. L'action qui serait intentée postérieurement par un autre costipulant ou contre un autre copromettant rendrait-elle exigible la peine promise par celui ou à celui qui a figuré dans le compromis? Non s'il n'y a pas de société, car alors les *correi* n'ayant entre eux aucun compte à se rendre, la poursuite exercée ou subie par le *correus* resté étranger au compromis, ne doit ni

profiter ni nuire aux autres ; oui, au contraire, s'il y a société, car dans ce cas tout ce qu'un *correus* recevra ou payera devant se répartir entre les autres et lui, l'action intentée par lui ou contre lui serait réputée intentée pour partie par celui ou contre celui qui a fait le compromis et en constituerait la violation (L. 34, pr., IV, 8).

3. — Compensation

Un des *correus promittendi* peut-il opposer en compensation, sous forme d'exception, la créance qu'a son codébiteur contre le créancier commun ? Non, répond Papinien dans la loi 10 *De duob. reis*, s'il n'y a pas société entre eux : d'où il résulte avec certitude qu'il pourrait l'invoquer s'il y avait société. S'il eût dû, en effet dans ce dernier cas, payer le montant de l'obligation, son recours aurait eu pour conséquence de faire perdre à son coobligé le bénéfice de la compensation, et : *Interest nostra potius non solvere quam solutum repetere*. (L. 3, *eod.*) C'est ainsi que le fidéjusseur peut opposer la compensation du chef du débiteur principal (L. 4 et 5, *De compensat.* XVI, 2) (1).

Faut-il décider de même quand il s'agit de corréalité active ?

Oui, à notre avis, par analogie de la loi 10 que nous venons discuter, de la décision donnée en matière de compromis (voy. *supra*), et de la solution généralement

(1) En droit français, où la règle est cependant qu'il existe un recours au profit du codébiteur solidaire qui paye (art. 1214), on a adopté le système du droit romain pour les *correi non socii* (art. 1294 c. civ.), mais cet article, comme on le verra, s'explique, par des considérations particulières.

admise sur la confusion, malgré le silence des textes. Ainsi le débiteur devenu créancier d'un des *rei stipulandi* ne pourra pas, en l'absence de société, opposer la compensation à l'autre ; il le pourra au contraire, au moins partiellement, s'il y a société. C'est en vain qu'on oppose, pour soutenir qu'un *reus stipulandi* ne peut jamais, dans aucun cas, se voir opposer la compensation du chef de son *correus*, la décision de la loi 27 pr. *De pactis*, qui refuse à tout créancier corréal, sans distinction, le droit de conclure un pacte de remise opposable à son co-créancier ; l'objection tombe si l'on réfléchit que le pacte émane de la volonté du créancier qui le consent, et qu'il ne peut dépendre de lui de paralyser le droit des autres, tandis que la compensation lui est opposée, malgré lui, par le débiteur, et ne suppose aucune connivence de sa part. Quant à l'argument tiré de ce qu'il ne saurait dépendre de la volonté du débiteur, en opposant la compensation au créancier qui le poursuit, de lui imposer le risque de l'insolvabilité de son *correus* contre lequel il devrait recourir, il n'est pas plus solide, car on peut répondre qu'un paiement volontaire entre les mains d'un des costipulants aurait les mêmes effets.

4. — Confusion

Un des *correi stipulandi* succède au débiteur commun, ou réciproquement, ou bien un des *rei promittendi* succède au créancier : la dette ou la créance n'est pas éteinte, elle n'est que paralysée dans les limites de la confusion opérée ; il y a seulement une personne mise hors l'obligation : il en résulte que les *rei* non héritiers ont conservé leur créance intégrale, ou restent soumis à l'action. Mais cela n'est vrai qu'en l'absence de société : si les

correi étaient *socii*, ils ne seraient tenus de la dette ou ne pourraient intenter l'action que déduction faite de la part du *reus* héritier ou décédé, à cause du recours qu'il aurait contre eux ou qu'ils auraient contre lui (L. 71, pr., 46, 1).

Si un créancier instituait héritier son cocréancier, ou un débiteur son codébiteur, les deux créances ou les deux dettes subsistaient distinctes chez la même personne, sans pouvoir, bien entendu, donner lieu à plus d'un paiement, ce qui avait pour résultat de maintenir, à la différence de ce qui se présentait lorsque le fidéjusseur succédait au débiteur principal ou réciproquement (1), les sûretés accessoires attachées spécialement à l'une ou l'autre obligation (L. 13, *De duob. reis* ; L. 5, 46, 1 ; L. 93 pr., 1, 2, XLVI, 3.)

5. — Prescription

Les actions de droit civil étaient, à l'époque classique, en général perpétuelles : le plus grand nombre des actions prétoriennes au contraire étaient temporaires : une constitution de Théodose le Jeune (L. 3, C. 7, 39) vint fixer à trente ans la durée de toutes les actions. — Justinien décide que l'interruption de la prescription faite par un des *correi credendi* profitera aux autres, et que celle qui aura eu lieu contre un des débiteurs, soit au moyen d'une reconnaissance obtenue de lui, soit *ex li-*

(1) Cependant, par une particularité curieuse, si le fidéjusseur avait donné un *pignus* pour garantir son obligation, l'extinction de la fidéjussion par confusion, n'entraînait pas celle de l'hypothèque. Il ne faut, à notre avis, voir dans cette disposition qu'un respect exagéré du texte de l'Édit, qui exigeait, pour l'extinction de l'hypothèque, qu'il y eut un paiement ou autre satisfaction.

bello admonitione, produira son effet contre tous (L. 5, C. *De duob. reis*). — Quant à la cause de suspension de la prescription qui serait spéciale à l'un des créanciers corréaux (minorité de son héritier, par exemple), je crois qu'elle lui resterait toute personnelle et n'empêcherait en rien la prescription de courir contre les autres.

6. — *Restitutio in integrum*

La *restitutio in integrum* est, comme la suspension de prescription et la *capitis deminutio*, fondée sur une cause toute personnelle à celui qui l'invoque. Si donc un des *correi promittendi* se fait restituer, pour cause de minorité, par exemple, contre son obligation, il est certain que ses codébiteurs ne pourront profiter de cette restitution (L. 48 pr., 4, 4 anal). Mais, s'ils sont en société avec lui, ne peuvent-ils pas au moins l'invoquer jusqu'à concurrence de sa part? Non, à notre avis, et la loi 48, § 1, *De fidejussoribus*, qu'on oppose quelquefois à ce système, vient plutôt le corroborer que l'infirmer. Ce n'est en effet qu'au cas où le fidéjusseur a pu compter sur le bénéfice de division, par conséquent a ignoré la minorité de son cofidéjusseur, que Papinien lui permet d'invoquer pour moitié la *restitutio in integrum* accordée à celui-ci : si au contraire il a connu la minorité de son cofidéjusseur, ou *si postea minor intercessit*, comme alors il n'a pu compter sur le bénéfice de division, *ita demum alteri totum irrogandum est*. Le droit de profiter de la restitution accordée ne lui est donc donné qu'en l'absence de faute de sa part; et cela est si vrai, que si son cofidéjusseur, au lieu d'être un mineur, était une femme, comme alors il n'aurait guère pu se faire illusion, il resterait tenu pour la totalité de la dette, sans pouvoir profiter

de la *restitutio* par elle obtenue. Appliquons ces décisions aux *correï promittendi*. De deux choses l'une, ou le *reus* majeur a connu la majorité de son *correus*, ou il l'a ignorée : s'il l'a connue, elle ne peut évidemment être opposée sans mauvaise foi ; s'il l'a ignorée, il est inexcusable de ne s'être pas enquis de la condition de son associé, et sa faute ne doit pas préjudicier au créancier qui n'avait peut-être pas les moyens de s'en assurer.

7. — *Capitis deminutio*

En droit pur, le *capite minutus* perd sa personnalité civile : il est donc logique que les obligations qui reposaient en partie sur cette personnalité tombent avec elle. Mais d'une part les obligations naturelles subsistent, car la personne naturelle ne change pas (L. 2, 2, IV, 5), d'autre part des actions indirectes qui varient avec la nature de la *capitis minutio* viennent atteindre ceux qui sont en possession des biens du *capite minutus* (G. III, § 84. — L. 2, 1, IV, 5. — L. 7, § 2 et 3 h. tit.). Sauf donc ces tempéraments, l'obligation ou la créance particulière du *correus capite minutus* est éteinte, mais la dette ou la créance des autres n'en subsiste pas moins : il y a seulement suppression d'un débiteur ou d'un créancier (L. 19, *De duob. reis*).

8. — *Transaction*

Toute transaction doit s'analyser pour partie en une remise de droit, pour partie, en une confirmation du droit ancien ou une création de droit nouveau (L. 38, C. 2, 4). S'agit-il de la remise contenue dans la transaction ? Faite par *acceptilatio* par l'un des *rei stipulandi*

ou à l'un des *rei promittendi*, elle éteint absolument le droit ou l'obligation des autres, jusqu'à due concurrence. Faite au contraire par un pacte *de non petendo*, elle les laisse subsister, (L. 27 pr., *De pact.*) sauf bien entendu les modifications que l'existence d'une société entre les *correi* peut amener (L. 23, *in fine*, *De pact.*), et sans que jamais il puisse être demandé à la fois la dette sur laquelle il a été transigé et la dette née de la transaction.

S'agit-il du bénéfice de la transaction, celui qui a transigé devra en faire profiter ses *correi*, s'il était en société avec eux ; sinon, il en profitera seul.

9. — Cession de biens

Si l'un des *rei promittendi* a fait cession de biens, son *correus* n'en demeurera pas moins obligé pour tout ce qui restera dû au créancier (§ 4 *in fine*, *Dereplic. Inst.*). Celui qui a fait cession de biens peut même être poursuivi de nouveau s'il acquiert des biens suffisants (L. 6, 7, *De cess. bonorum*. — *Inst.* 40, *De action.*).

10. — Faute et demeure

1° *Demeure*. — Un des *correi promittendi* a été mis en demeure par le créancier ; postérieurement à la demeure, la chose due périt, les autres *rei* non interpellés devront-ils sa valeur ? Non, répondent les textes, le débiteur en demeure restera seul tenu : *Si duo rei promittendi sint, alterius mora alteri non nocet* (L. 32, 4, XXII, 1) ; *Unicuique sua mora nocet, quod et in duobus reis promittendi observatur* (L. 173, 2 ; L. 17). Voilà donc un point hors de doute.

2° *Faute*. — La chose due a péri par la faute (1) d'un des débiteurs corréaux, restera-t-il seul tenu et les autres seront-ils libérés? Il semble bien qu'on devrait donner ici la même solution qu'en matière de demeure et admettre la libération des *correï insontes*, mais la loi 18, *De duob. reis*, décide formellement le contraire: *Ex duobus reis ejusdem Stichî promittendi factis, alterius factum alteri quoque nocet*. Faut-il accepter ce texte et dire que le fait d'un des *correï*, à la différence de la demeure, nuit aux autres et n'éteint pas leur obligation? C'est ce qu'ont pensé bien des savants auteurs; Cujas (Lib. XXVII, *quæst. Papin. ad leg.* 9, § 1, *De duob. reis*) et Donneau (*Ad tit.* XL, lib. VIII, C. chap. ix n^{os} 2 et 3), MM. Accarias et Demangeat (p. 321 et 376). Pour nous, nous croyons qu'il faut, malgré la loi 18, assimiler le fait d'un des *rei* à sa demeure, et en déclarer les autres indemnes, et nous allons essayer de démontrer que cette opinion est conforme aux principes du droit romain, à la logique, et même à certains textes.

D'abord elle est conforme aux principes du droit romain: il est, en effet, certain que la perte de la chose due arrivée par le fait d'un tiers est considérée comme un cas fortuit qui libère le débiteur: ainsi, si quelqu'un tue l'esclave que je dois, sans qu'il y ait connivence de ma part, je suis libéré envers le créancier, sauf bien entendu, à lui céder mes actions. (*Inst.* III, 23, 3. — L. 35, 4, XVIII, 1. — L. 13, 12, XIX, 1. — LL. 14 pr., et 80 pr. XLVII, 2). Or y a-t-il un obstacle à l'application

(1) J'entends ici par faute aussi bien une négligence (*culpa in omittendo*) du débiteur, qu'un fait positif (*culpa in committendo*), de sa part. J'ai admis en effet que la corréalité pouvait résulter de contrats *bonæ fidei*, et dans ces contrats ces deux genres de faute entraînent la responsabilité du débiteur qui les commet.

de cette règle dans l'existence d'un rapport de corréalité? Le fait que celui qui a fait périr l'esclave était obligé avec moi à le livrer, doit-il me priver de la libération qui résulterait pour moi de sa perte? En matière de fidéjussion, je vois bien que si la chose pérît par la faute du débiteur principal le fidéjusseur n'en reste pas moins tenu (L. 38, 1, *De fidej.*); mais cela tient à ce qu'il serait fort peu équitable que le débiteur pût, par son fait, anéantir les sûretés qu'il avait fournies lui-même : si au contraire la chose due avait péri par la faute du fidéjusseur, la perte serait considérée comme un cas fortuit, qui libérerait le débiteur principal, malgré l'identité d'obligation du fidéjusseur (L. 38, 4, 46, 3. — L. 91, 4 et 5, *De verb. oblig.*). Quelle raison y a-t-il donc de décider autrement, lorsque de deux débiteurs ayant une obligation identique, mais n'étant nullement garants l'un de l'autre, l'un vient à faire périr la chose due? Il me semble que sa faute ne doit pas plus rejaillir sur l'autre que sa demeure, elle devrait être vis-à-vis de lui considérée comme un cas fortuit.

En second lieu, cette opinion est conforme à la logique : on admet généralement, et nous le constaterons avec plus de détails dans notre deuxième partie, que les codébiteurs *in solidum*, ne répondent pas de leur fait les uns des autres (L. 1, 43 *Deposit.*). Quelle raison y a-t-il de distinguer en cette matière et de donner la décision opposée par la corréalité? Est-ce, comme on l'a dit (M. Demangeat, p. 377, et M. Accarias, p. 321), qu'il y a ici plusieurs obligations distinctes et que le sujet de l'une ne peut être la cause d'une responsabilité pour le sujet de l'autre, tandis qu'il n'y aurait dans la corréalité qu'une seule obligation qui devrait toujours peser également sur chacun des codébiteurs? Je n'admets pas

cette existence de plusieurs obligations d'une part, et d'une seule de l'autre : j'ai déjà indiqué dans le chapitre 1^{er} de ce travail que la multiplicité des obligations existait aussi bien entre *correi* qu'entre débiteurs *in solidum*, et je me réserve d'insister sur cette idée quand j'étudierai les obligations *in solidum*. — Est-ce alors l'unité d'objet, qui veut que le fait d'un des *correi* perpétue la dette des autres ? Mais cette unité existe aussi bien dans l'obligation *in solidum* : dans les deux espèces d'obligations, s'il y a multiplicité de personnes, il n'y a qu'une même chose due par tous. Bien plus, si l'on admet avec moi que dans l'obligation *in solidum* le fait d'un des codébiteurs libère les autres, il faut de toute nécessité donner la même solution en matière de corréalité : la responsabilité des codébiteurs est en effet bien plus énergique dans un contrat de bonne foi (un dépôt par exemple) que dans un contrat de droit strict (1), source la plus ordinaire de la corréalité. Si donc, lorsqu'un dépôt a été fait à deux personnes constituées débitrices *in solidum*, l'une est libérée lorsque la chose déposée périt par la faute de l'autre, il nous semble profondément illogique qu'il n'en soit pas de même lorsqu'elles ont promis la même chose corréalement par une stipulation. — D'ailleurs, en matière de fidéjussion, il y a certainement unité d'objet, et si la chose périt par la faute du fidéjusseur, le débiteur principal sera cependant libéré.

Reste donc à expliquer le texte de Pomponius : *Alterius factum alteri nocet* ; car je ne m'arrête pas à l'interprétation qu'en ont donnée Dumoulin d'abord et Pothier après lui dans le désir de concilier les textes sur

(1) C'est ainsi que dans les contrats *bonæ fidei* le débiteur répond de sa simple négligence, tandis qu'il ne répond que de son fait dans les contrats de droit strict.

la faute et sur la demeure, et qui est devenue l'origine de notre article, à mon avis fort équitable, 1205 du Code civil : cette interprétation, qui assimile au fond les décisions sur la *mora* et le *factum* en distinguant deux éléments, la valeur de la chose et les dommages-intérêts dus à raison de sa perte, soumettant le débiteur coupable ou en retard à ceux-ci, et en affranchissant toujours les autres, a en effet le grand tort d'accorder des dommages-intérêts là où les Romains ne les ont jamais accordés (L. 179 et 193, *De verb. sign.*, L. 16) : aussi est-elle universellement rejetée aujourd'hui. — Pourquoi ne pas supposer que Pomponius avait écrit conformément aux vrais principes du droit Romain : *Alterius factum alteri non nocet* ? Quoiqu'il soit peut-être bien téméraire de changer un texte, les commissaires de Justinien peuvent bien avoir ici supprimé une négation, pour mettre la loi d'accord avec la constitution du Code, qui décide que la reconnaissance faite par l'un des *correi promittendi*, interrompt la prescription à l'égard de tous. (L. 5, *De duob. reis*), car il n'eût plus été vrai de dire, dans ce cas particulier : *Alterius factum alteri non nocet*. (V. des exemples de textes ainsi modifiés pour les mettre d'accord avec la L. 28, C. *De fidej.*, dans les L. 8, 1 *De leg.* 1°, et L. 2, C. *De fid. tut.* 5, 57).

SECTION III

TEMPÉRAMEMENTS APPORTÉS AUX EFFETS DE LA CORRÉALITÉ

I. — Suppression de l'effet de la *litis contestatio*

Comme nous l'avons vu (*supra* p. 32) la simple poursuite exercée par ou contre l'un des *correi*, libérait tous les autres : c'était là la conséquence logique des prin-

cipes qui faisaient assimiler les effets de la *litis contestatio* en quelque sorte à ceux d'un paiement, et considérer comme ayant reçu satisfaction tout créancier qui avait déduit son droit *in judicium*. Mais dans la corréalité, cette règle était de la dernière rigueur, et directement contraire à l'intention des parties : le créancier, en effet, perdait la garantie de l'engagement corréel précisément au moment où elle lui était le plus nécessaire, c'est-à-dire lorsqu'il n'obtenait du débiteur poursuivi qu'une satisfaction illusoire, « iniquité d'autant plus criante, dit fort justement M. Accarias (I, p. 321), que pour qui n'est pas payé, il n'y a d'autre ressource que de poursuivre, de sorte qu'on ne peut assimiler l'action en justice à la novation, à l'acceptilation, ni, d'une manière générale, aux modes d'extinction qui supposent chez le créancier une volonté pleinement libre. »

Justinien a corrigé ce résultat : par sa constitution qui forme la loi 28, C. *De fidejussoribus*, il étend aux *correi promittendi* les conséquences d'une réforme qui s'était introduite, sinon législativement, au moins par la pratique et les mœurs dans le droit, je veux parler de l'abandon de l'effet extinctif de la *litis contestatio*. Il est, en effet, fort probable qu'avant la décision de ce prince, la simple *deductio in judicium* n'éteignait déjà plus le droit du créancier, dans les obligations ordinaires, et qu'un jugement, paiement ou tout autre mode d'extinction des obligations, avait seul ce pouvoir. Après la disposition de la procédure formulaire, l'exception *rei judicatæ* avait dû remplacer l'exception *rei in judicium deductæ* : car, l'exclusion d'une action par une autre n'était possible que par l'identité des actions, et dans la plupart des cas cette identité se reconnaissait de la manière la plus facile et la plus sûre par la similitude des formules

employées. Une fois ces formules disparues avec l'*ordo judiciorum*, la difficulté d'appliquer l'ancien principe de la consommation de l'action dut évidemment le faire abandonner et lui faire préférer celui beaucoup plus équitable de l'autorité de la chose jugée. Et d'un autre côté, l'extinction du droit déduit *in judicium*, ne pouvant plus se produire *ipso jure*, car l'*unus judex* et la *juris civilis intentio* nécessaires pour qu'elle ait lieu, étaient incompatibles à l'*extraordinarium judicium* : il y avait là autant d'hypothèses dans lesquelles le *consummatio litis* ne se comprenait plus.

D'ailleurs, même sous la procédure formulaire, les créanciers avaient trouvé, en ce qui concernait la corréalité et la fidejussion, des moyens indirects de pallier les effets de la *litis contestatio* : c'était, soit l'emploi du procédé artificiel de la *fidejussio indemnitis*, du *mandatum pecuniæ credendæ*, ou du constitut, soit peut-être l'insertion dans la formule d'une de ces *præscriptiones a parte actoris* dont Gaïus nous a révélé l'existence (IV, § 131), et destinées à limiter conditionnellement l'étendue de la *res in judicium deducta*, soit même, surtout après la disparition du système formulaire, une convention portant purement et simplement que la poursuite exercée contre l'un des débiteurs ne libérerait pas les autres. (M. Demangeat, p. 79.)

Cette constitution de 531 n'innove donc pas autant qu'elle paraît le faire : et cela résulte de ses termes mêmes : *Si enim pactis conventis hoc* (la suppression de la *consummatio litis*) *feri conceditur, et in usu quotidiano semper hoc versari adspicimus...* Auparavant, pour qu'il n'y eût pas *ex unius rei electione præjudicium creditori* et que ces actions restassent *integræ, et personales et hypothecariæ, donec per omnia ei satisfiat*, il fallait

une convention, ou tout au moins l'emploi d'un procédé artificiel, l'innovation de Justinien se borne à supprimer la nécessité d'une convention, ou de l'emploi d'un moyen détourné : désormais la convention se trouvera sous-entendue par la seule puissance de la loi. Une question reste à examiner : cette réforme, fort juste en ce qu'elle maintenait directement et jusqu'au bout au créancier les garanties qu'il avait précisément cherchées dans la création du lien de corréalité entre ses débiteurs, doit-elle être étendue aux *correi stipulandi* ? Bien que ce point soit très controversé ; je n'hésite pas à répondre négativement ; d'abord le texte de la Constitution n'en parle aucunement, en second lieu on comprend fort bien que l'effet extinctif de la *litis contestatio* portait le plus grand préjudice au créancier en matière de corréalité passive, mais lorsqu'il s'agit de corréalité active, comme en général chacun des créanciers avait le droit de recevoir le paiement au préjudice des autres, il est fort naturel qu'il ait aussi conservé la faculté d'éteindre leur créance en poursuivant le débiteur commun (1).

(1) On peut encore expliquer autrement que je ne l'ai fait pourquoi Justinien a, malgré la disparition à son époque de l'effet de la *litis contestatio* et l'absorption complète de l'exception *rei in iudicium deductæ* par l'exception *rei iudicatæ* (§ 3, *De except.* IV, 13 *Inst.*), promulgué une constitution spéciale pour décider que l'exercice du droit du créancier contre un des débiteurs ne libérerait pas les autres. On peut supposer, en effet, qu'il s'est placé dans l'hypothèse où le créancier, ayant poursuivi un des *correi* et obtenu contre lui un jugement de condamnation, n'a pu obtenir un paiement intégral, ou bien que le *correus* poursuivi a été absous pour des raisons à lui personnelles, et c'est alors qu'il aurait décidé que : *Ex unius rei electione præiudicium creditori adversus alium fieri non concedentes.*

2. — Bénéfice de division

Le bénéfice de division, créé par Adrien pour les cofidéjusseurs d'une obligation, à l'imitation de ce que la loi *Furia* avait fait, mais très imparfaitement, pour les *sponsores* et les *fidepromissores*, fut-il jamais étendu aux *correi debendi*, comme il le fut aux *mandatores pecuniæ credendæ*, et dans le dernier état du droit aux personnes qui avaient fait le pacte de constitut pour la dette d'un tiers ? (L. 7 *De fid. et nomin.* et L. 3, C. *De pec. const.*)

Jusqu'à Justinien il ne peut en être question : il n'était pas en effet accordé, sauf quelques exceptions relatives aux tuteurs et aux magistrats des cités (L. 1, §§ 1 et 12, *De tut. et rat. distr.*, 27, 3 ; L. 38, 26, 7 ; L. 11 et 13 *Ad municip.* ; L. 4, C. *Quo quisque ordine convenitur*), même aux simples débiteurs *in solidum* (L. 47 *Locati*) ; et cela se comprend fort bien, car les cofidéjusseurs, *mandatores pecuniæ credendæ* et autres codébiteurs auxquels nous venons de voir accorder ce bénéfice, n'étaient tenus qu'à l'occasion de la dette d'un tiers, ils avaient au fond seulement promis au créancier qu'il serait payé à l'échéance ; dès l'instant qu'il l'était, peu lui importait par quel moyen. Au contraire des *correi debendi* ou des débiteurs *in solidum* se sont chacun engagés personnellement, et principalement, dans leur propre intérêt en général, à payer la totalité de la dette, et il était bien grave pour accorder une faveur aux débiteurs de violer l'intention des contractants.

Mais Justinien a-t-il innové sur ce point et a-t-il accordé par la nouvelle 99 une sorte de bénéfice de division aux *correi promittendi*, favorisant ainsi les débiteurs

comme il avait favorisé le créancier par la loi 28 *De fidejussoribus* ? En principe, je ne le crois pas (1), et je pense que la novelle 99 vise une situation toute particulière des *correï promittendi*, celle où ils se sont engagés en se cautionnant les uns les autres, en d'autres termes que la décision ne s'applique qu'au cas où une *fidejussio alterna* existe entre eux : c'est ce que je vais essayer de démontrer.

Un premier point certain, c'est que le cautionnement réciproque des débiteurs corréaux entre eux était fort usité chez les Romains : la loi 11 pr., du titre *De duobus reis* en parle déjà, et Papinien décide que cette situation particulière des coobligés ne modifie en rien les droits du créancier et ne l'empêchera pas d'exercer son action et d'obtenir condamnation intégrale contre celui qu'il aura poursuivi. La *fidejussio alterna* ne nuisait donc pas au créancier ; elle ne pouvait pas non plus lui être utile (2), puisque le rapport corréal était encore plus énergique que le rapport de fidéjussion, et que ni l'un ni l'autre ne lui permettait d'échapper aux effets de la *litis contestatio* : en conséquence il fallait qu'elle profitât aux débiteurs : elle leur permettait, en effet, de recourir les uns contre les autres après le paiement, en dehors de toute société, par l'action *mandati*, et même lorsqu'il y avait société, d'échapper à la nécessité de la prouver. De plus le *correus* poursuivi devait évidemment pouvoir invoquer, du chef d'un autre *correus* et jusqu'à concurrence de sa part, un pacte de remise, une cause de com-

(1) Voyez une solution analogue en droit français : art. 1203 : « Sans que celui-ci puisse opposer le bénéfice de division. »

(2) Sauf peut-être qu'elle rendait les *correï* réciproquement responsables de leur demeure et de leur faute, ce qui, nous l'avons vu, n'avait pas lieu en général.

pensation, un compromis ou un legs de libération (Cujas, Com. sur la loi 17, 2 *Ad sen. Vellei.* — *In Africanum*, tract. IV). La loi 11 prouve donc que le créancier pouvait parfaitement méconnaître le rapport de fidéjussion réciproque entre les *correï promittendi* : il ne pouvait donc être question de division à son égard. Mais lorsque Justinien eut promulgué la novelle 4 qui accordait le *beneficium excussionis* aux fidéjusseurs, il est fort probable que beaucoup de *correï*, actionnés pour toute la dette, et se trouvant dans la position de fidéjusseurs par rapport aux autres, voulurent exciper de cette qualité pour obtenir la discussion de leurs codébiteurs pour les sommes qui dépassaient ce qu'ils devaient définitivement supporter, et dont ils prétendaient seulement être tenus comme débiteurs principaux.

Ces contestations sur l'application du *beneficium excussionis* à des débiteurs corréaux et en même temps fidéjusseurs, furent l'origine de la novelle 99, qui n'est, comme le dit son texte même, que le complément d'une autre (la nov. 4).

Le *correus* qui sera poursuivi pour le tout profitera désormais de sa qualité de fidéjusseur en ce qu'il pourra demander la mise en cause de ses codébiteurs présents : puis le juge divisera le total de la dette, par portions égales, entre ceux d'entre eux qui seront trouvés solvables. Tel est le sens qui résulte naturellement de la lecture de la novelle, qui sauvegarde à la fois les intérêts du créancier et les intentions des débiteurs : *sic et eis pacti ratio servabitur, nec ullum actor damnum sentiet.*

De sorte que si nous voyons bien des *correï* n'être tenus que d'une part virile, déduction faite des insolubles et des absents, lorsqu'ils sont en même temps cautions

les uns des autres, et par faveur pour cette situation particulière, nous ne trouvons nulle part qu'il en soit de même, dans le dernier état du droit, pour des débiteurs *correi* ou simplement *in solidum* en général, et nous ne pouvons pas dire que le bénéfice de division leur ait jamais été étendu en cette seule qualité.

CHAPITRE IV

RAPPORTS DES CORREI ENTRE EUX

SECTION I

RECOURS ENTRE CORREI STIPULANDI

1° *La corréalité existe entre les créanciers pure et simple sans être compliquée d'aucune autre relation.* — Les Romains, comme on l'a vu dans la section II de notre chapitre 1^{er}, ne présumaient pas, comme notre législation, l'existence d'un intérêt commun entre les *correi*, à plus forte raison ne présumaient-ils pas l'existence d'une société, et nous avons expliqué pourquoi. Il faut donc répondre à la question qui se pose ici : Un des créanciers corréaux a touché l'intégralité de la créance, sera-t-il obligé d'en faire partager le bénéfice aux autres ? Non, à moins que les autres *correi* ne prouvent entre eux et lui l'existence d'un autre rapport que celui de corréalité et autorisant un recours.

Si l'on objecte à cette solution qu'elle aboutit à un enrichissement sans cause d'un des *correi* aux dépens des autres, et à une sorte de jeu de hasard, je répondrai

qu'elle est parfaitement d'accord avec la loi 62 pr. *Ad leg. Falcidiam*, et que si l'on veut bien se placer dans les différentes hypothèses présentées au chapitre 1^{er} (Sect II) on trouvera que l'enrichissement d'un des *correi* aura toujours sa cause soit dans une donation, soit dans le cas le plus pratique dans un contrat régulier de jeu ou de pari, soit enfin dans un contrat indépendant, la corréalité n'intervenant alors, pour ainsi dire, que comme accessoire.

2° *Il y a entre les créanciers un intérêt commun.* — S'il y a société, ceux des *rei stipulandi* qui n'ont rien touché de la créance commune, obtiendront, une fois son existence reconnue, par l'action *pro socio*, la part qui leur est due (L. 62 pr. *Ad leg. Falc.* 35, 2). A défaut de société, s'il y a entre eux quelque relation de droit qui leur permette d'invoquer la communauté d'intérêt, ils auront, pour faire rendre compte à leur *correus*, des actions diverses : l'action *mandati directa*, s'ils s'étaient réciproquement donnés mandat de toucher la créance où chacun était intéressé, l'action *communi dividundo*, s'ils étaient copropriétaires par indivis d'un fonds dont ils ont stipulé corréalement le bail et que l'un d'eux en ait touché le montant : ou bien encore l'action *familiæ erciscundæ*, si au lieu de copropriétaires nous supposons des cohéritiers qui n'ont pas encore partagé la succession lorsque l'un d'eux a touché le prix du bail (L. 19 *Famil. ercisc.*).

3° *Un seul des créanciers doit profiter de la créance.* — Si nous supposons que le *correus* qui a touché la créance n'était qu'un mandataire, le véritable intéressé, une fois le mandat constaté, aura l'action *mandati directa* pour lui faire rendre compte. Si c'est au contraire lui qui reçoit le paiement, il le gardera naturellement en totalité.

SECTION II

RAPPORTS ENTRE CORREI PROMITTENDI

Un des *rei promittendi* paye la dette aux créanciers, pourra-t-il recourir contre les autres pour ce qui excède sa part? La question doit se résoudre par une distinction :

1° *Il se joint à la corréalité un rapport de droit qui autorise le secours.* — Par exemple, il y avait société entre les *rei*, c'est le cas le plus souvent prévu par les textes et le plus pratique, ou ils ont contracté la dette à l'occasion d'une chose dont ils étaient copropriétaires par indivis ou cohéritiers, ou bien ils se sont donné mandat l'un à l'autre, ou encore un seul d'entre eux a donné mandat aux autres de payer la totalité de la dette : Dans toutes ces hypothèses, selon les cas, l'action *pro socio*, l'action *communi dividundo*, ou *familiæ eriscundæ*, ou bien l'action *mandati contraria* assurent le recours du *correus* qui a payé. Et si les *correi* s'étaient portés réciproquement fidéjusseurs les uns pour les autres, on a vu au chapitre précédent (sect. III, § 2) que l'action *mandati* servirait aussi à celui qui aurait payé à se faire rembourser ce qui excéderait sa part.

De plus, non seulement au cas de société, hypothèse où tout le monde admet ce résultat, mais encore, comme je l'ai montré dans le premier chapitre de ce travail (section II), en entendant cette expression société *lato sensu*, et par identité de motifs, lorsqu'il existe, *au moment du payement*, une communauté d'intérêt évidente et bien nette entre les *correi*, celui d'entre eux qui paye peut exiger du créancier la cession de ses actions afin

d'assurer son recours contre les autres. (L. 65 *De evict.*).

2° La corréalité existe pure et simple, sans autre relation prouvée et certaine au moment du paiement, entre les *correi promittendi*. — Ici la question est très débattue entre les interprètes. Un premier point qui paraît à peu près certain, c'est que le *correus* qui a payé ne pourra se faire rembourser l'excédant de sa part par l'action *negotiorum gestorum*. Si ce débiteur, en effet, a directement fait l'affaire de ses *correi* en les libérant, il a fait encore davantage la sienne propre, et dans la doctrine définitive, l'action *negotiorum gestorum contraria* ne fut donnée qu'à celui qui avait agi dans l'intention de faire l'affaire d'autrui et non à celui qui en faisant sa propre affaire avait été utile à un autre. (L. 14, 44, 4, — L. 14, 1 *De com. divid.*)

Si on oppose à cette solution la loi 30 *De neg. gest.*, où l'action de gestion d'affaires est accordée à un tuteur ou à un magistrat contre son collègue dont la mauvaise gestion a entraîné sa responsabilité, nous répondrons que cette décision est toute spéciale aux tuteurs et aux magistrats et ne doit pas être étendue aux autres débiteurs *in solidum* ni à plus forte raison aux *correi*. Les tuteurs et les magistrats, en effet, à raison de la lourde responsabilité qui leur incombait, et des charges considérables qui leur étaient imposées pour garantir leur bonne administration, jouissaient de faveurs qui tempéraient la rigueur de leurs obligations : c'est ainsi que seuls parmi les débiteurs *in solidum* (V. *sup.* Ch. III, Sect. III, § 2), ils pouvaient invoquer le bénéfice de division ; de plus, dans l'espèce, c'est une faute de leur collègue qui les a forcés de payer et il serait bien injuste,

que le recours contre celui qui a précisément commis la faute ne fût pas assuré par tous les moyens.

Mais le *correus* qui a payé toute la dette pourra-t-il au moins demander au créancier, soit comme condition d'un paiement volontaire, soit en opposant à sa poursuite l'exception *doli mali*, de lui céder ses actions contre les autres *correï*, afin de profiter des sûretés qui peuvent y être attachées? — Ici encore, je n'accorderai pas plus au *correus* qui a payé le bénéfice de cession d'actions que je ne lui ai accordé le recours par l'action de gestion d'affaires. Les auteurs allemands et français ont beaucoup discuté cette question, ils la discuteront probablement encore; mais il nous semble que l'origine de toute la controverse se trouve dans la mauvaise position de l'hypothèse.

Que faut-il supposer en effet? Des *correï promittendi* totalement étrangers l'un à l'autre, qui n'ont entre eux ni rapport de copropriété, ni rapport de fidéjussion réciproque, ou de mandat, ni enfin d'intérêt commun d'aucune sorte : ou bien, ce qui revient au même, des *correï* entre lesquels il existe peut-être un de ces rapports, mais sans que la preuve en puisse être faite, de sorte qu'un règlement de compte pourra bien en définitive avoir lieu, mais qu'il ne saurait évidemment produire le moindre effet avant que le droit à l'obtenir ne soit reconnu et devenu certain. Cela étant, comment voudrait-on légitimement et équitablement donner un recours contre les autres à celui des débiteurs qui paye? Il ne lui viendra jamais à l'idée de l'exercer : il voit trop bien qu'il n'a aucun droit, ou du moins aucun droit certain, qu'il n'y a qu'un créancier, le créancier corréal qui vient d'être désintéressé par lui et par conséquent que toute créance est éteinte. Dans ces conditions, sur quel rap-

port de droit, sur quelle cause se fonderait-il, pour demander la cession d'actions; il n'a aucun titre qui lui permette soit de la réclamer, soit même d'en user une fois obtenue.

On a prétendu que l'hypothèse de *correipromittendi* totalement étrangers l'un à l'autre était bien chimérique : j'ai montré au chapitre premier (Sect. II), plusieurs cas, dont l'un au moins, celui ou deux personnes, sur un pari fait entre elles à propos des jeux du cirque ou pour toute autre cause, promettent corréalement que le perdant payera une somme déterminée à une de ces agences de jeux publics si répandues à Rome ou à un même banquier ou encore à un tiers convenu, devait être assez fréquent dans la pratique, où cette situation pouvait se présenter. Et d'ailleurs la loi 62 pr. *Ad legem Falcidiam* ne peut s'expliquer que dans une semblable hypothèse, ou dans la seconde que nous avons faite, celle où la preuve du droit au recours n'est pas rapportée, car autrement l'on saurait dès à présent que l'un des *correi* doit supporter définitivement au moins une part de la dette, et il ne serait pas exact de dire qu'elle est *in pendenti* et qu'elle ne sera comptée que dans le patrimoine qui l'aura acquittée.

Il est donc de la dernière évidence que dans nos deux hypothèses un recours ne peut exister au profit du *reus* qui paye : il serait injuste et sans motif dans la première, et tout au moins imprudent et prématuré dans la seconde; et ces raisons pourraient paraître suffisantes pour refuser à ce *correus* le droit de se faire céder les actions du créancier, ou même de profiter d'une cession volontaire après paiement : mais il en est d'autres tout aussi péremptoires.

D'abord, comme le dit M. Accarias dans son *Précis du*

droit romain (p. 324, t. II), « pour pouvoir exiger une cession d'actions, il faut s'autoriser d'un droit antérieur, soit contre celui auquel elles appartiennent aujourd'hui, soit contre ceux qui en sont tenus : à coup sûr le *correus promittendi* n'est pas créancier du stipulant, et par hypothèse, il ne l'est pas non plus de son copromettant. » On peut, il est vrai, objecter avec MM. Machelard (*Observ. sur la corréalité*, 1875) et Labbé (Append. VII sur Ortolan, t. II, p. 811), que le fidéjusseur qui, à Rome, à la différence du système de notre Code (art. 2033), n'a point de recours personnel contre les autres cautions, dont il peut même ignorer l'existence, peut cependant demander au créancier la cession de ses actions contre elles (L. 36 *De fid.*, 46, 1 — L. 39 h. tit.). Mais cela tient, à notre avis, à ce que le fidéjusseur ayant déjà demandé au créancier la cession de ses actions, non point contre ses cofidéjusseurs, mais contre le débiteur principal, contre qui il a un droit de son chef, est admis à les exercer telles qu'elles existent, c'est-à-dire avec toutes les sûretés qui les accompagnent, gages, hypothèques et fidéjussions. Il y avait donc un droit à la cession d'actions, préexistant à cette cession, droit qu'on ne trouve pas en matière de corréalité où les débiteurs sont tous également principaux.

Comment expliquer, en second lieu, la différence existante que font les textes entre les cas où il y a société et ceux où il n'y en a pas entre les *correi*, à propos de la compensation, du compromis, de la confusion et du pacte de remise (v. *sup.* ch. III, sect. III) sinon par cette idée qu'un recours d'un des codébiteurs venant, au cas de société, faire perdre à son *correus* le bénéfice d'un de ces événements, il est plus simple de soustraire le premier à l'action du créancier, afin d'assurer l'extinction

de l'obligation du second. Or si même au cas où il n'y a nulle société, ou du moins aucun intérêt commun prouvé, car nous avons vu qu'il ne fallait pas prendre l'expression société dans son sens technique, on vient accorder, grâce à la cession d'actions, un recours au *correus* qui paye, les deux cas deviennent identiques et je ne vois pas pourquoi les textes distinguent.

On oppose deux textes à notre solution, et on prétend ainsi fonder juridiquement, sinon rationnellement, le droit du *correus promittendi* d'exiger la cession d'actions dans toutes les hypothèses. C'est d'abord la loi 65, *De evict.* (21,2) ; voici l'espèce que Papinien y prévoit : Deux héritiers vendent *conjointement* une chose que leur auteur avait hypothéquée, et ils se portent garants envers l'acheteur au cas d'éviction « chacun pour leur part héréditaire ». Une fois cette vente consentie, l'un d'eux seul paye sa part de la dette au créancier hypothécaire : celui-ci incomplètement désintéressé évince l'acheteur. Cet acheteur recourt en garantie par l'action *ex stipulatu duplæ* précisément contre celui des héritiers qui a désintéressé le créancier, (ce qu'il peut faire à cause de l'indivisibilité de l'hypothèque), et en obtient sa part. Cet héritier, qui n'était pas en faute, puisqu'il avait déjà payé la partie de la dette hypothécaire qui le concernait, va-t-il pouvoir recourir contre son cohéritier négligent ? oui, par l'action *familiæ erciscundæ*, répond Papinien, mais il ne pourra obtenir la cession des actions de l'acheteur, *quia non duo rei facti proponerentur*. Donc, dit-on, si les cohéritiers avaient été *duo rei*, c'est-à-dire avaient vendu corréalement, celui qui avait payé la créance hypothécaire pour sa part aurait droit à la cession d'actions.

Je ne nie aucunement cet argument *a contrario*, mais

il confirme plutôt mon opinion qu'il ne la combat. Dans l'espèce, c'est indéniable, le cohéritier qui n'est pas en faute a droit à un recours contre son cohéritier négligent, et la preuve, c'est qu'il l'exerce par l'action *familiæ erciscundæ* : pourquoi lui refuse-t-on donc de l'exercer au moyen des actions de l'acheteur ? Tout simplement « parce qu'il n'a payé à celui-ci que sa part de la stipulation *duplæ* », et qu'alors il ne peut avoir la prétention de le dépouiller de son droit avant désintéressement complet. Si au contraire nous supposons que les deux cohéritiers ont vendu corréalement, comme *duo rei*, alors l'un d'eux « qui aura forcément payé la totalité de la dette » pourra exiger de l'acheteur la cession de ses actions pour assurer son recours contre son cohéritier négligent. Voilà l'explication toute naturelle de cette loi ; et qui ne voit que la cession d'actions ne serait accordée ici à un *correus* que pour assurer un droit au recours préexistant, droit fondé sur un rapport de cohéritier à cohéritier et garanti, à défaut de cession, par l'action *familiæ erciscundæ* ?

Le second texte sur lequel se prétend établir le droit pour un *correus*, en dehors de toute communauté d'intérêts évidents, d'obtenir la cession des actions du créancier, est la loi 2, C. *De duobus reis* (8,40) : en voici la teneur : *Creditor prohiberi non potest exigere debitum, cum sint duo rei promittendi ejusdem pecuniæ, a quo velit. Et ideo si probaveris te conventum in solidum exsolvisse, rector provinciæ juvare te adversus eum cum quo communiter mutuam pecuniam accepisti, non cunctabitur*. Comme on le voit, la question principale adressée aux empereurs Dioclétien et Maximien, était de savoir s'il était quelques moyens pour un *reus* d'échap-

per au paiement de la totalité de la dette (1). Non, répondent-ils, le créancier a le droit de demander le tout à l'un quelconque des *correi*, mais comme vous avez reçu de l'argent prêté, *communiter*, dans un intérêt commun, celui d'entre vous qui payera la dette entière pourra s'adresser au président de la province, qui assurera son recours contre son coemprunteur. Tel est le sens véritable de la constitution et il est évident qu'un recours existe à raison de l'évidente communauté d'intérêts, et non à raison de la corréalité, et de plus, que ce recours, fondé en équité, mais probablement très peu en droit, devra être demandé au président de la province comme faveur, *juvare*. J'ajouterai qu'il n'est en rien démontré par la constitution que le recours sera accordé par le procédé de la cession d'actions.

Voici donc en résumé notre théorie en matière de recours contre *correi promittendi* : s'il y a, entre eux, au moment où le paiement est fait, un rapport de droit étranger à la corréalité, prouvé et certain, et autorisant un recours, celui qui aura payé la totalité de la dette recourra contre les autres, à son choix, ou par l'action spéciale résultant du rapport particulier qui les unit, ou au moyen des actions du créancier qu'il se sera fait céder : si, au contraire, la corréalité existe entre eux, soit pure et simple, soit compliquée peut-être de rapports d'intérêt, mais sans que ces rapports soient bien nets et évidents, celui qui payera la dette, devra, ou la garder entièrement et définitivement à sa charge, ou attendre pour recourir que le règlement de compte soit fait, sans

(1) C'était probablement quelque chose des prétentions que nous avons indiquées plus haut (ch. III, sect. II, § 2) pour les *rei*, d'invoquer le bénéfice de division, à l'exemple des *cofidéjusseurs*.

pouvoir jamais invoquer jusque-là la moindre partie de ses droits contre ces codébiteurs, ni, à plus forte raison, contre le créancier commun.

Une dernière question sur cette difficile matière : le *correus* qui recourt contre ses *correi*, dans les cas où nous venons de lui reconnaître ce droit, soit au moyen de l'action propre qui lui appartient, soit même au moyen des actions du créancier qu'il s'est fait céder, peut-il leur demander la totalité de la dette, bien entendu déduction faite de sa part, ou bien est-il obligé de diviser son action entre eux, et de ne les poursuivre chacun que pour la part qui les concerne de la dette commune ? Les textes sont muets, mais à notre avis c'est à ce dernier parti qu'il faut s'arrêter : c'est celui qu'a adopté chez nous le Code (art. 1213 et 2033) pour le recours entre fidéjusseurs et entre débiteurs solidaires, et c'est le système tout à la fois le plus équitable, puisqu'entre eux les *correi* ne se sont pas obligés à autre chose qu'à s'indemniser réciproquement, et le plus pratique, puisqu'il diminue le nombre des actions récursoires, et par là même les chances d'insolvabilité. — On peut d'ailleurs, avec M. de Savigny, argumenter en ce sens par analogie de la loi 5 pr., *De censibus* (50, 15) qui, au cas de contributions pesant sur plusieurs héritages, permet au possesseur de l'un d'eux qui les a avancées pour le tout, d'exercer contre les autres possesseurs les actions du fisc, *mais seulement eu égard à l'importance respective de leurs possessions*, et de la décision donnée par Ulpien dans la loi 10 pr. *De fidej.*, où il autorise le fidéjusseur poursuivi par le créancier à lui donner mandat de poursuivre les autres fidéjusseurs, *mais seulement pour leur part*, et à la condition de fournir des garanties suffisantes.

PARTIE II

DES OBLIGATIONS IN SOLIDUM

CHAPITRE I^{er}

NATURE ET ORIGINE DES OBLIGATIONS IN SOLIDUM

Tous les auteurs modernes, éclairés par la découverte des Institutes de Gaius, et les remarquables travaux de MM. Ribbentrop et de Savigny, reconnaissent à côté des obligations corréales une autre catégorie d'obligations solidaires (c'est-à-dire d'obligations ayant même objet et existant à la charge de plusieurs, tout en ne devant être acquittées qu'une fois) dans lesquelles le droit du créancier, au lieu de s'éteindre par la simple poursuite exercée contre l'un des débiteurs, ne s'éteint que lorsqu'il est satisfait. — La distinction des obligations corréales et des obligations *in solidum* est donc universellement admise ; mais quel en est le *criterium* ? Quels sont les cas dans lesquels il y a obligation *in solidum*, quels sont ses caractères, ses sources et ses effets ? Ce sont là autant de questions qui, devant l'éparpillement des textes et l'apparente contradiction de leurs solutions ont exercé l'imagination des commentateurs, et donné lieu je ne dirai pas à des controverses, mais à des systèmes entiers.

Nous allons les exposer tour à tour et tenter de faire sortir de leur examen et de leur critique, ce que nous considérons comme la vérité.

Chez nos anciens interprètes, la distinction est à peine entrevue, et partant il n'y a que des essais d'explication. C'est ainsi que d'après Cujas (*Com. ad tit. de V. O. ad L. 116*), si dans certains textes il est dit que la *Litis contestatio* éteint le droit du créancier, c'est qu'il s'agit d'une *petitio effectualis*, suivie de paiement : et Pothier sur la loi 2, *De duob. reis*, adopte en ces termes cette interprétation : *Petitio hic accipitur pro exactione, seu ex petitione quam solutio secuta est : ut notat Cujacius*. D'où il faut nécessairement conclure avec les deux jurisconsultes que la constitution de Justinien qui forme la loi 28, C. *De fidej.* n'a absolument rien innové.

Mais Cujas lui-même dans deux autres passages de ses œuvres, explique autrement l'effet de la *litis contestatio* : dans son lib. LV *Quæst. Pap.* sur cette même loi 116, il soutient que les textes où il est dit que les *correi* sont libérés *solutione non electione*, ont été retouchés par les commissaires de Justinien une fois la constitution de ce prince rendue, et pour les mettre d'accord avec elle, et qu'au paravant dans tous les cas le droit du créancier s'éteignait par la simple poursuite ; et dans ses observations, lib. XXVI, C. 26, il reconnaît au contraire que plusieurs débiteurs peuvent bien être tenus *in solidum* sans être pour cela de véritables *correi debendi*.

Quant à Donneau, après avoir expliqué, dans son *Com. ad tit. XI, L. VIII. C. De duob. reis, cap. VIII*, par une controverse entre les jurisconsultes romains sur les effets de la *litis contestatio*, controverse que Justinien aurait fait cesser par sa constitution, les solutions en apparence contradictoires données en matières de corréalité par les

textes, dans son Ch. XII *ad tit. De duob. reis*, c. il fait aussi une distinction entre les débiteurs. « A côté des *rei debendi*, dit-il, il y en a qui *aut ex eadem causa non debent, aut non id agitur inter eos et creditorem ut una sit omnium obligatio, et res una in obligatione versatur: ut puta plures tutores... Plures ex eodem delicto quod in commune admissum est, tenentur in solidum; sed aperte non sunt duo rei.* »

Comme on le voit, si plusieurs des solutions données sont de pures hypothèses, il en est deux, celle de Cujas que nous avons exposée la dernière, et surtout celle de Donneau, qui se rapprochent sensiblement de l'opinion des auteurs modernes et la contiennent en germe.

Avant d'aborder l'exposition des différents systèmes qui se sont produits de nos jours, pesons bien la question : il s'agit d'expliquer comment, dans des obligations qui présentent absolument et identiquement les mêmes caractères généraux, les unes (celles qu'on nomme *corréales*) se sont trouvées soumises à l'effet extinctif de la *litis contestatio*, et les autres (les obligations que nous avons appelées *in solidum*) s'en sont au contraire trouvées affranchies, le paiement effectif ayant seul le pouvoir d'éteindre l'obligation?

Voici comment le résout un *premier système* : Il y a corréalité lorsque l'action qui pourra être employée par le créancier ou par les créanciers est une *condictio*, il y a obligation *in solidum* seulement lorsque le débiteur commun ou les codébiteurs sont tenus d'une autre action. — Ce système est inexact pour trois raisons : 1° J'ai montré plus haut (ch. II, Partie I) que la corréalité pouvait naître de contrats de bonne foi, en m'appuyant sur les termes formels de la loi 9 *De duob. reis*, à laquelle j'ajouterai ici la loi 13, § 9, *Locati*; ainsi comme : *Duo rei lo-*

cationis in solidum esse possunt, l'obligation *in solidum* peut être sanctionnée par une *condictio* comme le prouve la loi 1 C., 4, 8 où en parlant de plusieurs voleurs contre lesquels la *condictio furtiva* est intentée, il est dit : *Si ab uno satisfactum fuerit, cæteros liberari*; 3° Il est certain que la *litis contestatio* intervenue avec le débiteur principal libère le fidéjusseur alors même que le premier était tenu d'une action *bonæ fidei*, et je ne vois pas pourquoi il en serait autrement de deux *correi* devenus débiteurs en vertu d'un contrat de bonne foi. — Cependant, si à nos yeux, ce système est inexat, ce n'est pas à dire qu'il ne contienne quelque part de vérité : le plus souvent en effet, lorsqu'on rencontrera une *condictio* sanctionnant le rapport solidaire, il y aura corréalité; lorsqu'on rencontrera une action *bonæ fidei* ou *in factum*, on présumera au contraire qu'il y a simple obligation *in solidum*.

2° système. — Au cas de corréalité, il y a une seule obligation, partant une seule action à exercer, et dès lors une fois qu'elle a été poussée par l'un des créanciers ou contre l'un des débiteurs jusqu'à la *litis contestatio*, il est tout naturel qu'elle se trouve éteinte à l'égard de tous : au contraire, il y a lien *in solidum*, lorsqu'il y a plusieurs obligations donnant lien à autant d'actions, et comme conséquence la *litis contestatio* n'éteint que celle qui est exercée mais laisse subsister les autres jusqu'au paiement effectif. — Cette explication (qui n'en est pas une, car il resterait à donner la raison pour laquelle dans le premier cas il y a unité d'obligation, et pluralité dans le second) ne me satisfait pas davantage que la précédente. Qui ne voit en effet que si, au point de vue de l'objet dû, il y a unité d'obligation, en ce qui concerne les sujets actifs ou passifs du droit, il y en a en réa-

lité plusieurs, absolument dans la corréalité comme dans l'obligation *in solidum*. *Pristinam obligationem durare et sequentem accedere, — in cujusque persona propria singularum consistit obligatio — duas species obligationis eum sustinere* (LL. 3 pr., 9, § 2, et 73 *De duob. reis*) *duas obligationes sustinet, duas species obligationis* (L. 5, *De fid.*), nous disent les jurisconsultes en parlant des obligations corréales. Il y a même des textes (L. 3 pr., 1, *De duob. reis* ; L. 93, 1 et 2, XLVI, 3) qui parlent à la fois d'une et de plusieurs obligations. Ces citations suffisent pour montrer que les Romains n'ont jamais entendu rigoureusement qu'il y avait unité d'obligation là où il y avait plusieurs créanciers ou plusieurs débiteurs : il est donc faux de considérer l'effet de la *litis contestatio* comme une conséquence de cette unité. Chez nous, en matière de solidarité, on pourrait très exactement dire qu'il n'y a qu'une seule obligation, en ce sens que la prestation promise n'est due qu'une fois, et cependant nous ne connaissons plus la forme corréale et son effet relatif à la simple poursuite. Ainsi, comme je l'ai dit déjà et comme je le répéterai encore, ce n'est pas dans une différence d'essence et de nature qu'il faut chercher le *internum* de la distinction des obligations corréales et *in solidum* : à ce point de vue, elles sont identiques : plusieurs personnes créancières ou débitrices d'une seule et même chose qui ne doit être fournie qu'une fois. telle est leur formule. Leurs effets seuls sont plus ou moins complets. Cependant nous verrons s'il ne faut pas accorder une certaine part d'influence à l'idée de l'unité d'obligation quand il s'agit d'apprécier ces effets.

3^e système. — Ce système se rapproche au fond beaucoup du précédent : il est en général suivi à l'école de Paris, et est connu sous le nom de théorie de l'*idem*

debitum. Il est fort simple, mais lorsqu'on le récuse, on voit que les arguments sur lesquels il se fonde ne sont pas des plus solides. — Dans la corréalité, dit-on, il y a *idem debitum*, unité ou identité de l'objet dû : il en résulte qu'en vertu de la maxime : *Bis de eadem re ne sit actio*, lorsque l'unique chose due a été demandée contre un des *correi*, elle ne peut plus l'être contre un autre, et le droit du créancier se trouve épuisé contre tous, de même qu'en matière de fidéjussion, l'action intentée contre le débiteur principal libère le fidéjusseur et *vice versa* (LL. 2 et 19 *De duob. reis*. — *Inst.* 1, *De duob. reis*). — Mais, je le demande, dans l'obligation *in solidum* n'y a-t-il pas aussi *idem debitum*? Des cotuteurs, des personnes tenues de l'indemnité résultant d'un délit, et surtout des comandants, des comandataires, des colocataires tenus solidairement, sans être *correi*, ne devront-ils pas tous la même somme? n'auront-ils pas à fournir identiquement la même prestation? et cependant l'effet de la *litis contestatio* ne se produit pas dans tous ces cas. La preuve d'ailleurs que l'unité d'objet, l'*idem debitum* n'est pas la cause de l'unité d'action, c'est que si un créancier stipule de deux débiteurs la dation du même esclave Stichus, sans les constituer *duo rei promittendi*, sans leur faire savoir peut-être qu'ils sont deux, il y aura bien là unité d'objet, *idem debitum*, et malgré cela, ni la corréalité, ni par conséquent l'effet extinctif de la *litis contestatio* ne se produiront. Que si l'on soutient qu'il y a dans la corréalité à la fois unité d'objet et unité de cause, c'est-à-dire des débiteurs tenus à raison d'un seul contrat, formant un tout, et dès lors une seule obligation, le système arrive alors à se confondre avec le précédent et donne lieu aux mêmes objections. D'ailleurs, dans notre

droit, les obligations solidaires naissent de la même cause, les obligations *in solidum*; pareillement en droit romain, et personne n'en a déduit qu'il n'y eût autant d'obligations que de débiteurs dans ces deux cas.

4^e système. — J'arrive à un système très ingénieux, incontestablement exact, puisque tous les auteurs lui ont plus ou moins emprunté, mais qui a le grave défaut de constater seulement ce qui est, sans en donner la moindre raison, je veux parler de la théorie de l'alternativité. Le créancier, dit-on, n'a originairement qu'un droit de choisir, un droit d'*electio* entre tous les débiteurs corréaux, il y a une obligation *alternative* flottant sur tous les sujets passifs : une fois le choix exercé, une fois un des débiteurs poursuivis, il a éteint tout son droit et les autres sont libérés.

De même, en cas de corréalité active, chacun des créanciers a un droit alternatif de *poursuite* contre le débiteur commun, lorsque l'un d'eux a exercé le droit qui leur appartenait à chacun, *mais une seule fois*, les autres sont libérés. — Il est parfaitement vrai de dire que le créancier a un choix à exercer entre les codébiteurs et que ce choix, cette *electio*, une fois exercée, lui fait perdre tout droit à l'égard des autres ; mais au fond, n'est-ce pas exprimer d'une autre façon que la *litis contestatio* arrivée avec l'un des obligés, libère les autres : car *electio* et *litis contestatio* sont synonymes en cette matière, nous l'avons montré quand nous avons parlé du choix (ch. III, sect. I, § 1).

Dès lors, qu'a-t-on fait lorsqu'on a inventé cette théorie de l'alternativité ? on a exprimé autrement l'effet de la *litis contestatio*, en remplaçant ce terme par celui d'*electio*, de même que l'on dit souvent la *poursuite*, (pour la *litis contestatio*), contre l'un des débiteurs li-

bère l'autre. On n'a en rien expliqué la raison de cette alternativité, qui ne se trouve indiquée dans aucun texte, et on n'a pas dit pourquoi son effet ne se produisait pas aussi bien dans l'obligation *in solidum*.

5° *système*. — Il me reste à parler d'une dernière théorie, dont l'idée première remonte à M. de Savigny (§ 17, p. 163, trad. Jozon et Gérardin, et § 20, p. 25 et suiv.), mais que M. Labbé, tout récemment à son cours de Pandectes (1882-1883), et dans la douzième édition des Institutes de M. Ortolan (Append. IV), a exposé et développé avec son talent et sa concision ordinaires. — D'après notre éminent professeur, il y a toujours corréalité lorsque le lien solidaire résulte de la volonté des parties, et, au contraire, obligation *in solidum* lorsqu'il découle « de ce que des codébiteurs ont commis une faute commune, sont tenus de réparer un préjudice provenant d'une négligence imputable à chacun d'eux, à raison d'un fait collectif constituant pour chacun de ses auteurs une faute ou un délit. » D'où cette conclusion que : « il existe une solidarité *naturelle* (une obligation *in solidum*) entre tous les codébiteurs *contractuels* quasi-contractuels ou délictuels, lorsque, par une faute *commune*, ils ont causé au créancier un dommage dont ils donnent réparation, » et qu'à côté d'elle « il existe une autre solidarité que nous appellerons *artificielle* ou arbitraire (la corréalité). Elle est rattachée comme une modalité accidentelle à une obligation contractée..... L'obligation est rendue solidaire par une volonté expresse et accidentelle des parties. *Fiunt correi promittendi*. » — Ainsi, d'après M. Labbé, l'obligation *in solidum* se sépare de l'obligation corréale, non seulement par ses effets, ce que tout le monde admet, mais encore par ses sources et son origine et « la division de la so-

lidarité en deux espèces ne dérive pas d'une pure question de procédure; elle tient au fond du droit, à l'essence des choses, elle a survécu à Justinien et subsiste dans notre législation moderne. » Comme on le verra dans un instant, par l'exposé de nos idées sur la matière, ce n'est pas là notre avis, et nous croyons au contraire que la nature et l'essence des deux catégories d'obligations solidaires sont identiques : quant à présent, nous nous bornerons à combattre, s'il n'y a pas là trop grande témérité, l'assertion d'après laquelle l'obligation *in solidum* ne pourrait jamais résulter de la volonté des parties.

La corréalité, cela est certain, suppose toujours la volonté des parties qui s'y soumettent ou qui l'établissent : il n'est pas moins certain que l'obligation *in solidum* nous est présentée dans la plupart des textes comme naissant d'un acte étranger à cette volonté, une faute commise par plusieurs *ensemble* dans un quasi contrat (L. 1, § 13 et 14, *De tutel. act.* 27, 3; L. 2, C. 5, 58; L. 11, 2 *Ad leg. Ag.* 9, 2) ou même dans un contrat (L. 1, § 43, 16, 3), ou un fait constituant un délit (L. 1, C. 4, 8; L. 14, § 15, 4, 2); mais suit-il de là qu'une obligation qui ne s'éteigne que *perceptione, non litis contestatione* ne puisse jamais, même dans le dernier état du droit, se former directement par la volonté des parties ? Nous ne le croyons pas.

En effet 1° il y a des textes qui ne peuvent s'expliquer que si l'on y suppose la création volontaire d'une obligation *in solidum*. C'est d'abord la loi 1, § 44 (*Depos.* 16, 3) où Ulpien nous dit : *Si duo deposuerunt, et ambo agent, si quidem sic deposuerunt ut vel unus tollat totum, poterit in solidum agere.* C'est ensuite la loi 17 pr. (*Dr. tit.*) dans laquelle Heventinus parlant d'un dépôt fait entre

les mains d'un séquestre dit : *Hoc casu in solidum unusquisque videtur deposuisse*. Puis ce sont les lois 5, § 15, Com. 13, 6, et surtout 47 *Locati* (19,2). Dans la première le jurisconsulte supposant qu'une voiture a été prêtée ou louée à deux personnes se demande : *utrum unusquisque eorum in solidum an pro parte teneatur*. Dans la seconde, Marcellus admet qu'un acheteur ou un locataire qui revend ou reloue à plusieurs personnes, peut, lorsque *singulorum in solidum intuitus est personam*, poursuivre pour le tout celle que bon lui semble. Dans la première de ces décisions on peut, à la rigueur, bien que le silence de son auteur à cet égard soit étrange, supposer qu'il est intervenu une convention de corréalité, constituant *duo rei* : mais dans les trois autres cela est impossible. Comment comprendre en effet que Florentinus dise : *Unusquisque in solidum videtur deposuisse* devant une clause portant dans ses termes mêmes : *duo rei*, le droit d'intenter l'action en totalité ? et de même comment saisir, dans la loi 5, 15, *Commodati* la question du jurisconsulte en pareille hypothèse ? Nous verrons même (*infra* ch. II, § 1) qu'il s'est élevé sur ces deux textes la question de savoir si le lien solidaire n'était pas de la nature de certains contrats en droit romain : or la discussion ne pourrait exister s'il y avait eu une formule nette comme celle qui fait naître la corréalité. Quant à la dernière loi citée, c'est pour nous la plus probante ; on y voit en effet posée la question de savoir si des colocataires, ou des coacheteurs peuvent jouir du bénéfice de division, lorsque le vendeur ou bailleur *singulorum in solidum intuitus est personam*, et cette question résolue dans le sens de l'affirmative si le créancier *actiones suas adversus ceteros prestare recuset*. Or, nous le savons, et M. Labbé lui-même le reconnaît (sur

Ortolan, p. 816, t. II), avant la nouvelle 99 et même après, dans l'opinion de la majorité des auteurs, le bénéfice de division n'était jamais accordé aux *correi*. D'où il faut conclure qu'il s'agit dans la loi de codébiteurs *in solidum*, et comme on ne suppose aucunement qu'ils aient commis une faute commune, qu'une obligation de ce genre peut naître par simple consentement; 2° il est au moins deux catégories de débiteurs solidaires, les personnes qui ont fait un constitut pour la dette d'un tiers, et les *mandatores pecuniæ credendæ*, dont l'obligation n'est certainement pas corréale, puisqu'elle ne s'éteint que par le paiement, et résulte cependant d'une pure volonté de leur part, sans qu'ils aient la moindre faute commune à se reprocher; 3° en matière de fidjussion, la *fidejussio indemnîtatis*, le *mandatum pecuniæ credendæ*, le constitut avaient fourni des moyens indirects d'échapper à l'effet de la *litis contestatio*, et cependant dans toutes ces hypothèses, il n'y avait en face du créancier que des débiteurs accessoires, méritant jusqu'à un certain point qu'on favorisât leur libération. Est-il croyable que dans la corréalité, où les débiteurs sont tous principaux et généralement intéressés dans l'obligation pour une part quelconque, ou n'ait pas trouvé un moyen de sauvegarder tous ses droits au créancier jusqu'à parfait paiement? Est-il possible par exemple que dans un contrat de bonne foi où il y avait plusieurs débiteurs corréaux (L. 9 pr., *De duob. reis*), l'un d'entre eux poursuivi par le créancier, après qu'un autre avait déjà été actionné sans succès, ait eu le droit, à toute époque, de lui opposer l'exception *rei in judicium deductæ*, sans la voir paralysée par une *replicatio doli*? Voilà qui nous paraît bien improbable: n'est-ce pas au caractère de bonne foi du contrat que le *mandator pecuniæ credendæ* devait

précisément d'être tenu même après la *litis contestatio* intervenue avec son commandant ? Et d'ailleurs, dans quels cas les *præscriptiones a parte actoris* dont nous parle Gaius (C. IV, § 122) et destinées à limiter conditionnellement le droit du créancier auraient-elle eu plus d'utilité qu'en notre matière ? aussi presque tous les auteurs admettent-ils qu'elles ont pu servir dans la corréalité à éluder les effets de la *litis contestatio* ; et dès lors l'obligation corréale était transformée de par la volonté des parties uniquement en obligation *in solidum*.

Nous ferons donc au système de notre savant maître, la singulière critique d'être trop rationnel et trop moderne. Le droit romain, par la manière même dont il s'est formé, composé comme il l'est de décisions sur des points particuliers, admet difficilement les généralisations et les théories d'ensemble : pour nous la distinction des obligations solidaires en obligations contractées et obligation résultant d'une faute commune à plusieurs, tient si peu « au fond du droit et à l'essence des choses », que, comme on le verra dans la partie de ce travail relative au droit français, nous n'admettons pas que nos législateurs aient voulu l'établir, et, loin de croire que les jurisconsultes romains en aient jamais eu une conception bien nette, nous pensons avec M. Accarias (t. II, p. 333) « que les textes ne nous donnent ni une théorie toute faite des obligations solidaires, ni peut-être les éléments nécessaires pour en construire une. » — De l'examen de tous ces systèmes, il résulte qu'on a en général discuté sur une différence de *nature* et d'*essence*, d'obligations *absolument semblables sous ce rapport* (puisque réduites à leurs derniers éléments, elles comprennent toutes un seul objet dû par plusieurs personnes, mais une seule fois), au lieu de chercher seulement à expliquer

la différence constatée des effets dans les mêmes circonstances.

Pour nous, nous partons de cette idée : les jurisconsultes romains n'ont pas construit de système général sur les obligations solidaires (J'entends par là à la fois les obligations corréales et *in solidum*.): ils n'ont donc jamais songé à établir un critérium qui permette de distinguer d'une façon certaine les deux catégories dont nous avons reconnu l'existence. Dès lors il est impossible qu'ils aient inventé la théorie de l'unité d'obligation, ou de l'unité d'objet, ou de l'alternativité, ou des dettes nées du consentement, ou d'une faute commune, pour fonder une distinction qui à leurs yeux n'était pas bien tranchée.

Expliquons maintenant pourquoi, parmi des obligations absolument semblables quant aux traits généraux, les unes se sont trouvées soumises à l'effet extinctif de la *litis contestatio* et les autres s'en sont trouvées affranchies.

1° Pourquoi dans certaines obligations solidaires (les obligations corréales) l'effet de la *litis contestatio* se produisait-il ?

Pour répondre à cette question, je ferai une première remarque : quelle est à l'origine la source unique des obligations solidaires ? La stipulation, et la stipulation dans des formes particulièrement strictes, tellement étroites que l'unité d'objet est exigée avec la plus grande rigueur, que les parties doivent répondre dans un ordre déterminé à peine de nullité pour ceux qui n'y auraient pas satisfait, et que la formule *unique*, dans laquelle les débiteurs doivent répondre à la suite, *en un seul bloc*, leur est dictée par les textes. Le contrat *litteris*, qui fut presque contemporain de la stipulation, donne lieu aux mêmes observations.

Or il y avait, à cette époque, une règle de la procédure romaine en pleine vigueur dans toutes les obligations : *Bis de eadem re ne sit actio*, en d'autres termes, l'effet de la *litis contestatio* se produisait, remplaçant par un autre droit le droit déduit *in iudicium*. Qu'il y eût là une sorte de novation, ou plutôt de *datio in solutum*, nous le croyons, si l'on veut ne pas se laisser arrêter à des différences de détails, mais ce n'est pas là la question. Ce qui est certain, c'est qu'aux yeux des Romains, le créancier était considéré comme ayant obtenu satisfaction dès que la *litis contestatio* était intervenue, puisque partout et toujours, soit *exceptionis ope*, soit *ipso jure*, il perdait sa créance et que cependant, comme le dit Paul : *Neque deteriore causam facimus actionem exercentes*. — Ces prémisses posées, l'application que les jurisconsultes en ont faite, dans la corréalité naissant de la stipulation et du contrat *litteris*, comme dans la *sponsio*, la *fidepromissio* et la *fidejussio*, est, nous l'avons déjà fait remarquer dans notre chapitre III (sect. I, § I), des plus rationnelles et des plus logiques. Malgré la pluralité des créanciers et des débiteurs, n'était-il pas de l'essence de l'obligation corréale, comme de celle de la fidéjussion d'être éteinte par un seul paiement, par une satisfaction fournie à un seul des costipulants ou par un des copromettants? Or le droit nouveau résultant de la *litis contestatio* équivalait à cette satisfaction, nous venons de le montrer : il était donc tout naturel de décider qu'elle ne pouvait plus être demandée ni par un autre ni à un autre, puisqu'elle ne devait être fournie qu'une seule fois.

C'était là évidemment un résultat manifestement contraire à l'intention des parties, qui avaient désiré, au cas de corréalité passive, s'assurer la garantie successive

de plusieurs patrimoines, et non un simple droit d'option entre eux, et au cas de corréalité active, voyaient sacrifier absolument la créance commune, lorsque par exemple leur cocréancier se désistait après avoir intenté l'action. Mais ce résultat s'expliquait à la fois par la forme stricte du contrat, par son caractère rigoureux, qui ne permettait pas de se reporter, comme dans une action de bonne foi, à la volonté des contractants, par le soin qu'ils avaient pris de s'engager ensemble, par une formule unique, en un seul bloc, à fournir identiquement le même objet, soin qui semblait prouver qu'ils avaient voulu jouer vis-à-vis du créancier ou du débiteur commun le rôle d'un seul homme, et peut-être se représenter réciproquement vis-à-vis de lui comme des *cognitores* et des *procuratores præsentis*, au point de vue de la poursuite et du paiement.

Ces raisons justifient l'effet de la *litis contestatio* dans la corréalité formée par stipulation et *expensilatio* : mais elles ne s'appliquent plus avec autant de force à la corréalité qui naît du *mutuum* et du testament, ni surtout à celle qui intervient dans les contrats de bonne foi, car il n'y a plus ici de formules spéciales exigées. On peut cependant entreprendre de l'expliquer : quant au *mutuum* d'abord, lorsque la règle de l'efficacité des pactes ajoutés à une numération d'argent eût été consacrée, il n'y avait pas de motif pour empêcher les parties d'y insérer une convention de corréalité, mais de corréalité telle qu'elle existait, c'est-à-dire avec ses effets particulièrement rigoureux, et notamment, celui produit par la *litis contestatio*, car le contrat lui-même étant de droit strict ne permettait pas de se reporter à l'intention des parties ni à des considérations d'équité. Et quant au testament, il devait être interprété selon la volonté du testateur,

et celui-ci ne pouvait évidemment avoir entendu faire naître une obligation corréale qu'avec tous ses effets ordinaires, d'autant plus que le caractère strict de l'action *ex testamento* ne permettait pas d'interpréter largement ses intentions (1).

La *consummatio litis* se conçoit aussi fort bien dans les contrats de bonne foi : les parties, quoique dans cette espèce de contrats on pût tenir compte de leur intention et faire, à raison de la formule, une certaine place à des considérations d'équité, devaient évidemment, lorsqu'elles voulaient faire naître un engagement solidaire d'un dépôt, d'un louage ou d'un commodat, convenir que les débiteurs seraient obligés selon le droit existant : et le droit existant, c'est-à-dire l'effet libératoire de la *litis contestatio*, s'appliquait naturellement à leurs obligations.

Nous avons donc répondu à la première question : nous avons vu pourquoi l'effet de la *litis contestatio* se produisait dans toute une catégorie d'obligations solidaires (2).

2° Voyons maintenant pourquoi cet effet ne se produi-

(1) Ainsi s'explique le rapprochement que fait la loi 16 *De leg.*, 2°, entre le testament et la stipulation *Nam ut stipulando duo rei constitui possunt, ita et testamento potest id fieri*.

(2) M. Iabbé, avec Ehering (*Esprit du Dr. rom.*, t. XIX, p. 33 de la trad.) explique (App. IV, p. 824) l'effet de la *litis contestatio* dans la corréalité par l'idée suivante : La créance corréale étant unique, « l'unité de la créance entraîne l'unité d'action », afin d'empêcher des rigueurs contre plusieurs débiteurs à l'occasion d'un seul droit. — Mais si le créancier divise son action, comme il peut le faire, entre ses débiteurs et ne leur demande à chacun qu'une partie du droit, ou bien s'il use de *præscriptiones*, n'y aura-t-il pas plusieurs personnes condamnées, et incarcérées à l'occasion d'une même dette ?

sait pas dans d'autres obligations qui présentaient le même caractère.

La rigueur des règles sur la *litis contestatio* était directement contraire à l'intention des parties qui avaient voulu à l'aide de la corréalité créer précisément la multiplicité des actions. Elles se préoccupèrent donc de lui enlever son caractère extinctif et se trouvèrent en cela secondées par les jurisconsultes : dans les contrats de droit strict, c'était bien difficile, la forme seule produisait un effet déterminé, la volonté des contractants se trouvait comprimée et souvent dénaturée par les termes étroits de la formule ; mais dans les contrats *bonæ fidei*, les parties ne pouvaient-elles pas convenir directement, accessoirement à la clause de solidarité, que la *litis contestatio* ne produirait son effet qu'à l'égard de celui des débiteurs qui serait poursuivi, et que les autres ne seraient libérés que par le paiement effectif ? C'est ce à quoi Justinien paraît bien faire allusion dans la loi 28 *C. de fidej.* : *Si enim pactis conventis hoc...* et le juge à qui la formule donnait dans cette sorte de contrats le droit de tenir compte de l'équité et de la volonté des parties pouvait condamner tant qu'il n'y avait pas eu satisfaction réelle fournie. Qu'on n'oppose pas que l'effet de la *litis contestatio* était d'ordre public, et qu'il ne devait pas être au pouvoir des parties de le supprimer, car l'idée d'ordre public, tel que nous le comprenons, était en cette matière, comme le prouve la loi 28 précitée, étrangère au droit romain, et d'ailleurs, si l'on admet, avec la majorité des auteurs (V. notamment MM. Demangeat, p. 182, Accarias n° 556, Hauriou, *Nouv. Rev. hist.* 1882, p. 219) que d'un contrat *bonæ fidei*, d'un dépôt par exemple, il peut naître (et c'est même le cas le plus ordinaire), des obligations *in solidum*, comme

nous avons démontré qu'il pouvait résulter aussi de ce même dépôt des obligations corréales, il faut *nécessairement* en conclure que dans un des cas, l'effet de la *litis contestatio* a été écarté. Or, comme ce n'est point par la forme du contrat, il faut évidemment que ce soit par la volonté des parties.

Qu'on ne s'étonne pas du reste de voir valider peu à peu ces clauses supprimant l'effet de la *litis contestatio* : des causes nombreuses ont concouru à ce résultat : c'est d'abord la forme du contrat, moins stricte, et qui permet au juge de se reporter à l'équité et à l'intention des parties; c'est ensuite l'unité de l'objet dû moins explicitement formulée, car chacun des débiteurs n'est plus obligé de promettre *idem*, enfin c'est l'analogie de ce qui se produisait pour la fidéjussion que la *fidejussio indemnitis*, le *mandatum pecuniæ credendæ* et le constitut venaient très fréquemment remplacer afin de corriger les inconvénients de la *consummatio litis*.

Une fois ce progrès accompli pourrait-on affirmer que le *mutuum*, le testament et même la stipulation aient toujours, dans le dernier état du droit, donné naissance à de véritables obligations corréales ? A ne consulter que les textes il faudrait répondre : oui ; mais si l'on veut bien se rappeler qu'ils ne décident en général que sur des points particuliers, je ne vois pas pourquoi on induirait de leur silence qu'une obligation *in solidum* ne pourrait pas en résulter. Dans la stipulation d'abord, par l'insertion d'une *clausula doli*, les parties pouvaient rendre le contrat de bonne foi, par conséquent la clause excluant l'effet libératoire de la *litis contestatio* pouvait s'y glisser, et dès lors en vertu de la règle *Omnia quæ inseri in stipulationibus possunt, eadem et numerationi pecuniæ*, il n'y avait pas de raison pour l'interdire

dans le *mutuum* : quant au testament, si le testateur avait exprimé un vœu analogue, il me paraît bien difficile qu'on ne s'y soit pas conformé.

Les autres sources de l'obligation *in solidum* ne présentent aucune difficulté : créées précisément pour assurer des garanties spéciales à des créanciers particulièrement favorables et pour le protéger contre la mauvaise foi de leurs débiteurs, il eût été bien étrange que les mêmes prudents qui les avaient introduites vinssent leur enlever la plus grande partie de leur efficacité en y admettant l'effet libératoire de la *litis contestatio*. Aussi n'a-il jamais été question de libérer autrement que par la réparation effective, les personnes tenues *in solidum* de l'indemnité résultant d'un délit, ou de l'obligation née d'une faute commune commise dans un contrat ou quasi-contrat (cotuteurs, comagistrats). Aucun des motifs qui peuvent expliquer les effets attribués à la corréalité ne se rencontrait d'ailleurs ici, ni forme stricte, ni aussi rigoureuse unité de dette (car chacun peut, par des circonstances particulières, se trouver encourir une responsabilité plus ou moins forte et devoir par conséquent une somme plus ou moins considérable), ni assimilation faite entre des débiteurs ainsi tenus et des *correi promittendi* par la volonté du créancier. Ce créancier, en effet, ne l'est devenu que bien malgré lui, par un fait de ses codébiteurs; il n'a donc pas pu se reporter aux conséquences admises en matière de corréalité, et il eût été de la dernière injustice de lui faire supporter l'effet libératoire de la *litis contestatio* pour favoriser des coobligés qu'il n'a pas acceptés.

Deux questions restent à examiner : 1° l'obligation *in solidum* ne peut-elle exister, comme on le prétend généralement, que du côté passif, et un créancier *solidaire*

en poursuivant le débiteur commun éteint-il toujours nécessairement le droit des autres? 2° Faut-il encore distinguer sous Justinien, des obligations corréales, des obligations *in solidum*?

Sur le premier point, nous ne voyons, avec M. Valette (*Rev. critique*, 1861, p. 457), aucune bonne raison pour faire toujours et, nécessairement, malgré peut-être leur volonté contraire exprimée, de deux déposants, de deux mandants *in solidum*, de véritables *correi* dans le sens propre du mot. Il nous semble qu'il serait bien hardi de soumettre à l'effet de la *litis contestatio*, spécial à la corréalité, par exemple, des fidéicommissaires *in solidum*, ou les associés d'une *argentaria*, qui ont action pour le tout, sans être *duo rei*. La loi 24, *De leg.*, 2°, relative au cas des fidéicommissaires, et ainsi conçue : *Uno petente, jam heres eligere non potest, cui det*, que l'on pourrait invoquer en sens contraire, ne signifie pas du tout ce qu'on voudrait lui faire dire, et le silence des textes sur l'obligation *in solidum* au profit des créanciers, s'explique fort bien, comme celui de la loi 28, *De fidej.*, par cette considération que le rapport solidaire du côté actif, supposant nécessairement la plus grande confiance, et laissant à chacun le droit de recevoir le paiement et d'éteindre la créance par *acceptilatio*, l'effet de la *litis contestatio* devait peu préoccuper les contractants.

Sur la seconde question, je répondrai avec M. Labbé (*App.* IV, p. 820), qu'une distinction entre les obligations corréales et les obligations *in solidum* peut encore se faire, à certains égards (1), après la constitution de Justinien (L. 28, C. *De fid.*), supprimant l'effet de la *litis*

(1) C'est là un point que nous préciserons dans le chap. III de cette partie.

contestatio, mais non point parce que cette division « tient au fond du droit, à l'essence des choses », simplement parce que certaines conséquences que, soit au point de vue des effets, soit au point de vue du recours, l'équité et la bonne foi avaient fait abandonner dans quelques-unes, ont été maintenues dans les autres par la rigidité des formules et des principes.

Voici donc le résumé de notre théorie : l'obligation *in solidum* ne diffère pas essentiellement de l'obligation corréale, elle n'en est qu'une transformation, et une dégradation, pour ainsi dire, et l'évolution historique qui la produit se conçoit aussi. La stipulation, le contrat *litteris*, le *mutuum* et le testament ne donnent longtemps naissance qu'à la corréalité. Il a dû en être de même pendant toute une période des contrats de bonne foi : puis suppression peu à peu, dans ces derniers contrats, à l'aide de clauses des parties et de l'admission de considérations d'équité, aussi bien du côté actif que du côté passif, de l'effet libératoire de la *litis contestatio* et peut-être possibilité plus tard d'introduire l'obligation corréale *ainsi modifiée* dans la stipulation, le *mutuum* et le testament ; mais alors que dans les contrats *bonæ fidei* c'est la formation d'une obligation *in solidum* qu'on présume, dans ceux de droit strict, c'est toujours la corréalité, et par là s'explique la rareté des textes qui prévoient l'existence de liens d'un autre ordre entre les débiteurs ou les créanciers. A côté de cette transformation successive de l'obligation corréale en obligation *in solidum* qui avait lieu dans le domaine des contrats, toute une classe d'obligations nées en dehors de la volonté du créancier où l'effet de la *litis contestatio* ne s'était jamais produit, et ne pouvait pas rationnellement se produire.

Sous Justinien, la stipulation corréale avec toutes ses

conséquences ordinaires, a bien été conservée : mais, nous l'avons dit, des clauses accessoires y venaient souvent modifier l'effet de la *litis contestatio* ; aussi la loi 28, C., a-t-elle supprimé la nécessité de ces clauses, et lui fait-elle produire, *à ce point de vue*, des obligations *in solidum*, mais à ce point de vue seulement, car les différences entre l'obligation née des contrats de droit strict et celle qui résulte de contrat de bonne foi subsistent, et cela suffit pour empêcher de soutenir qu'après la constitution de 531, il n'y a plus que des obligations *in solidum*. Quant aux formes de la stipulation corréale, si elles sont maintenues avec leurs règles rigoureuses, c'est qu'elles ont le grand avantage de rendre la solidarité certaine et de prévenir par là les contestations.

CHAPITRE II

SOURCES DE L'OBLIGATION IN SOLIDUM

I. — Sources contractuelles

Les contrats *bonæ fidei* sont, comme on vient de le voir dans le chapitre précédent, les premiers dans lesquels l'obligation *in solidum* a pu sortir directement de la volonté des parties (L. 5, 15, *Com.*, 13, 6. — L. 1, 43 *Dep.* 16, 3. — L. 57. *Loc cond.*, 19, 2. — L. 52, 3 *De fid.* 46, 1. — L. 1, § 44, 16, 3. — L. 17 pr., *h. Tit*). Quant à la stipulation, au *mutuum* et au testament, ils ne viennent que bien plus tard, et encore faut-il employer des procédés artificiels très probablement, donner lieu à des

obligations *in solidum* incomplètes, puisque, sauf celui relatif à la *litis contestatio*, tous les autres effets de la corréalité persistent. Mais une question s'élève ici : aussi bien dans les contrats de bonne foi que dans les autres, lorsqu'il y a plusieurs débiteurs, la règle générale est qu'ils ne sont obligés chacun que pour sa part. L'engagement solidaire sous sa forme corréale ou *in solidum* déroge à ce principe : l'obligation corréale a besoin d'être expressément convenue, et ne se présume jamais ; mais une obligation *in solidum* ne peut-elle pas s'induire du contrat et des circonstances qui l'ont accompagné sans être mise à la charge des débiteurs par une clause spéciale ?

Ici la réponse est certaine : des textes nombreux prouvent que l'obligation *in solidum* n'a pas besoin d'être expressément convenue (L. 5, 15 *Conv.* ; L. 47 *Locati*). Mais ne faut-il pas aller plus loin et dire que dans certains contrats la formation d'une obligation *in solidum* se présumait, et que, par un renversement de la règle de division, les parties se trouvaient obligées *in solidum* sans l'avoir voulu ?

Il y avait certainement des contrats où à raison seulement de la qualité des personnes engagées dans l'obligation, sans aucune convention, le lien naissait *in solidum* au profit ou à la charge de chacune d'elles. C'est ainsi que les créanciers d'une banque, (*argentaria*) pouvaient poursuivre individuellement chacun des banquiers associés pour la totalité de leur créance, et qu'à l'inverse un quelconque de ceux-ci pouvait actionner *in solidum* les débiteurs dudit établissement (*Auct. ad Heren.*, II, 13). C'est ainsi encore que de plusieurs marchands d'esclaves en société chacun pouvait être tenu *in solidum* (L. 44, 1, 21, 1) ; mais ce sont là des résultats spéciaux au droit

commercial des Romains. Dans le domaine du droit civil, la question est très délicate : je ne parle pas de la loi 5, § 15, *Commodati*, où les juriconsultes présentent l'existence d'une obligation *in solidum* à la charge de deux commodataires d'une même voiture comme douteuse, par cette raison bizarre que chacun d'eux *non omnia loca vehiculi teneat*, et où Ulpien finit pourtant par l'admettre; ce texte, d'ailleurs contredit par la loi 21, 1, *Commod.*, est fort obscur et doit être une décision de pur fait, toute particulière. Il ne saurait donc prouver que deux commodataires fussent toujours tenus chacun *in solidum*. Mais deux autres fragments du Digeste permettraient peut être de soutenir que la solidarité dut finir par être de droit commun, par analogie des *mandatores pecuniæ credendæ*, entre comandants et comandataires (1). C'est d'abord la loi 59, 3, *Mandati*, où nous lisons : *Paulus respondit unum ex mandatoribus in solidum eligi posse, etiamsi non concessum sit in mandato*, et ensuite la loi 60, 2 du même titre ainsi conçue : *Duobus quis mandavit negotiorum administrationem quæsitum est an unusquisque mandati iudicio teneatur? respondi unumquemque pro solido conveniri debere*. Nous aurions ici, en matière de mandat, une responsabilité particulièrement rigoureuse; mais les textes peuvent s'expliquer d'une autre manière et d'ailleurs les lois 47 *Locati*, et 9 pr. *De duob. reis*, s'opposent à ce qu'on étende leur décision à des colocataires, coemprunteurs à usage, ou coacheteurs.

(1) V. en droit français une décision analogue pour les comandants (C.civ. art. 2002), tandis que les comandataires ne sont tenus solidairement que si la convention l'exprime (art. 1995).

II. — Sources en dehors de la volonté des parties.

1° *Obligation résultant d'une faute commise par plusieurs ensemble dans un contrat.* — Plusieurs personnes sont tenues conjointement en vertu d'un contrat; l'obligation se divise naturellement entre elles : si l'une fait périr la chose due, elle en doit seule réparation : si au contraire elles la font périr de concert, comme elles ont toutes deux commis une faute, et une faute égale, elles doivent chacune la réparer en totalité. Cette solution est donnée pour un dépôt dans la loi 1, 43 *Dep.*, 16, 3 ainsi conçue : *Ambo dolo fecerunt; adversus unumquemque eorum agi poterit; alter dolo non fecit; ideo sit absolutus*; et dans les lois 9 et 22 du même titre, et pour un commodat dans les LL. 5, § 15, 6, et 7 *pr Com.* (13, 6).

2° *Obligation des tuteurs et des magistrats des cités* — Lorsqu'un pupille a plusieurs tuteurs et que l'administration n'a pas été divisée entre eux par le testateur ou le magistrat (1), chacun d'eux est responsable de la gestion des autres (L. 2, C. *De divid. tutela*; L. 33, 2 et 55 *pr.*, 26, 7; L. 18, *h. tit.*). Il en est de même de plusieurs curateurs et de plusieurs magistrats municipaux chargés d'administrer les finances d'une même cité (L. 11, *pr.* 50, 1). Ici ce n'est pas seulement une faute commune des obligés, c'est même la faute d'un d'entre eux qui donne ouverture à l'action *in solidum* contre tous; c'est qu'en effet, chacun d'eux est coupable lorsque son collègue commet des actes préjudiciables au pupille ou à la cité; il aurait pu et dû, à raison de sa situation, les empêcher par une surveillance convenable.

(1) Si, en effet, c'était seulement par suite d'un arrangement entre eux que les tuteurs s'étaient divisé l'administration, ils n'en resteraient pas moins responsables *in solidum*.

Ces deux classes d'obligés ne sont libérés que par le paiement et non par la *litis contestatio*, comme tous les débiteurs *in solidum*, mais un véritable bénéfice de décision, vient, en même temps qu'une action utile de gestion d'affaires pour assurer leur recours, tempérer la rigueur de leurs obligations, ainsi que nous l'avons dit.

Si le droit du pupille se fonde sur des actes d'infidélité communs aux tuteurs, alors la loi des Douze tables avait introduit l'action spéciale de *rationibus distrahendis*, qui était au double du dommage éprouvé, et il semble bien que le caractère pénal de cette action dût permettre d'obtenir autant de condamnations au double qu'il y avait de tuteurs infidèles. Il n'en était cependant pas ainsi: la double valeur, objet de l'action, n'était pas considérée comme une peine, mais bien comme un intérêt plus élevé dans l'*actio tutelæ*: il ne naissait donc au profit du pupille trompé qu'une seule et même *actio tutelæ*, renfermant une double *condemnatio* laissée au libre choix du demandeur et dont le montant une fois payé *in solidum* par l'un des tuteurs, ne pouvait être demandé aux autres. (L. 1, § 21 et 22; L. 2, § 1; L. 15 *De tut.* 27, 3; L. 55, 1, 26, 7).

3° *Indemnité due à la suite d'un délit commis par plusieurs.* — Tous les codélinquants sont tenus *in solidum* d'indemniser le créancier, et si l'indemnité, à la différence de la *peine* proprement dite, qui est due autant de fois qu'il y a de personne ayant commis le délit, n'est due qu'une fois (1), il faut qu'elle soit effectivement payée. C'est ce que disent les textes à propos d'un dol

(1) V. cependant la loi 46, 9, 49, 14, où l'indemnité due au fisc doit être payée autant de fois qu'il y a de codélinquants et est du quadruple.

(L. 1, 4, 2, 10), ou de violence (L. 14, 15, 4, 2), ou d'un accident produit par la chute d'un objet tombé de la fenêtre d'un appartement habité par plusieurs personnes (LL. 1, § 10, 2 et 3, IX, 3), ou encore à propos d'un vol de concert (L. 1, C. 4, 8), malgré l'absence de tout caractère pénal dans la *condictio furtiva*, ou bien du délit commis par un esclave ou du dommage causé par un animal appartenant à plusieurs maîtres (L. 5, pr. 9, 4 ; L. 1, 14, 9, 1).

Quand à l'action *legis Aquiliæ*, à raison du caractère pénal qu'elle peut avoir accidentellement, elle n'est pas assimilée aux actions en indemnité proprement dites et donne lieu à autant de paiements qu'il y a eu de personnes qui ont commis le délit : elle ne saurait donc, à notre avis, donner naissance à une obligation *in solidum*. (L. 11, 2, 9, 2).

4° *Sentence judiciaire*. — J'ai refusé (p. I, ch. II) de voir dans la sentence judiciaire la source d'une obligation corréale, mais elle peut certainement engendrer des obligations *in solidum*. Lorsque plusieurs personnes doivent conjointement une même somme de droit commun chacune d'elles ne verra délivrer contre elle l'action *judicati* que pour sa part (L. 10, 3, 49, 1 ; L. 43, *De re judicata*), mais le juge peut aussi, à son choix, ou bien obliger chacune d'elles à répondre de l'insolvabilité des autres, ou bien créer à leur charge une véritable obligation *in solidum* (L. 1, 2, C., 7, 55).

5° *Obligations nées du fonctionnement des actions dites adjectivæ qualitatis*. — Lorsqu'un homme libre (1)

(1) Si, en effet, nous supposons que le contractant préposé est un esclave, comme il ne peut pas être actionné en droit romain, nous aurons, non pas deux débiteurs, mais un.

à été préposé en qualité de *magister navis* à la conduite d'un navire, ou à titre d'*institor* à un commerce, le tiers qui est devenu leur créancier à l'occasion de leur profession a deux débiteurs, le préposé d'abord, tenu directement, et le préposant, *exercitor* ou entrepreneur, tenu de l'action *exercitoria* ou *institoria* (L. 1, § 17, 14, 1). S'il y avait plusieurs *exercitores* ou plusieurs entrepreneurs, tous se trouveraient tenus *in solidum* de la dette de leur préposé (L. 1, § 25, 14, 1).

De même lorsqu'un contrat est intervenu sur le *jussum* d'une ou plusieurs personnes, le créancier pourra poursuivre *in solidum*, soit la partie même avec laquelle il a contracté, soit la personne quelconque de qui émane le *jussum* (L. 84, 17, 2 ; L. 5, § 1, 15, 4).

Enfin lorsqu'un fils de famille a un pécule, le tiers qui contracte avec lui peut, à son gré, poursuivre le fils par l'action directe, et le père par l'action *de peculio* si l'affaire était civile, et *tributoria* si elle était commerciale (L. 44, 15, 1). Un résultat analogue se produit encore dans l'action *de in rem verso*.

Dans tous ces cas, peut-on dire qu'il y a une obligation corréale? Cela semble bien au premier abord, il y a en effet même dette, plusieurs obligés, et non seulement le paiement, mais même la simple *litis contestatio* avec l'un des obligés libérant les autres (L. 1, 24, 14, 1). *Si cum uno eorum actum est, cum altero eorum agi non potest*. Cependant il n'y a pas là d'obligation corréale, non pas parce que le consentement des parties à ce genre d'obligation manque, car on peut dire qu'en autorisant le préposé ou en constituant le pécule, le maître ou père de famille a consenti aux conséquences qui pourraient résulter de l'opération, mais par une raison toute spéciale. Nous voyons en effet dans les

textes que le créancier qui a obtenu un jugement de condamnation contre le fils pourra intenter l'action *judicati de peculio* contre le père : *Idem Papinianus scribit*, dit Ulpien (L, 3, § 11, *De peculio*) *judicati quoque patrem de peculio actione teneri*. Or c'est là un résultat tout à fait inadmissible, si le père et le fils, le maître et le préposé, étaient véritablement dans la position de *correi promittendi* : un des *rei* condamnés, l'action *judicati* ne peut point exister contre les autres.

Naît-il au moins du fonctionnement des actions *quod jussu, institoria, exercitoria, de peculio*, des obligations *in solidum* ? Non évidemment, par cette raison préremptoire, que la *litis contestatio* intervenue avec l'*institor*, le *magister* ou le fils de famille rend impossible l'exercice de l'action contre le père ou le préposant (L. 24, 1, déjà citée 14, 1).

Comment expliquer ces résultats ? par un simple mécanisme de la formule ; nous avons ici non point plusieurs débiteurs engagés sur le même pied, mais bien un débiteur véritable, celui avec lequel le créancier a contracté, préposé ou fils de famille, et un autre débiteur, préposant ou père, tenu à l'occasion de la dette du premier, dans les mêmes conditions. Il en résulte que l'*intentio* devait nécessairement être dirigée contre le contractant, et c'était seulement la *condemnatio* qui pouvait comprendre le nom du préposant ou du père. C'est ce que paraît bien dire Ulpien dans la loi 1, § 24, précitée : *Hæc actio ex personâ magistri in exercitorem dabitur : et ideo si cum utro eorum actum est, cum altero eorum agi non poterit*. De sorte que si le créancier après avoir agi contre l'un de ces débiteurs prétendait agir ensuite contre l'autre, ce dernier pourrait très justement lui opposer soit une exception *rei in*

judicium deductæ, soit une extinction *ipso jure*, en se fondant sur l'identité de l'*intentio* dans la seconde action? S'il y a plusieurs préposants, pour la même raison, lorsque le créancier a agi contre l'un, il ne peut plus agir contre les autres (L. 32, pr. 15, 1).

Maintenant pourquoi l'action *judicati*, à la différence de l'action primitive, peut-elle être intentée contre le père ou le préposant après que le fils de famille ou le préposé a été poursuivi et condamné? Par cette raison bien simple que l'*intentio* ne portant plus ici sur l'*eadem causa petendi*, ni sur la même personne que dans la première action, on ne saurait dire qu'il y a eu *res in judicium deducta*.

Nous croyons donc qu'il naît des actions *adjectitiæ qualitatis*, des obligations qui présentent bien le caractère solidaire en général, mais qui, par suite d'une construction toute spéciale de la formule, ne sont à proprement parler ni des obligations corréales, ni des obligations *in solidum*.

CHAPITRE III

EFFETS DE L'OBLIGATION *in solidum*

Il y a des effets qui sont communs à l'obligation corréale et à l'obligation *in solidum* : dans l'une et l'autre, le paiement fait à un seul ou par un seul éteint la créance et la dette de tous. Il en résulte que certainement les modes d'extinction des obligations rigoureusement et matériellement équivalents au paiement doivent lui être assimilés. C'est ainsi que le dépôt fait en

justice, l'*in solutum datio*, la novation, la compensation, une fois opposée bien entendu, et l'acceptilation dans les cas fort rares ou l'obligation *in solidum* a pu résulter d'un contrat *verbis*, l'éteignent aussi entièrement que l'obligation corréale.

Mais, et c'est ici la différence capitale qui sépare les deux classes d'obligations solidaires, comme nous l'avons dit, tandis que dans l'obligation corréale l'effet extinctif de la *litis contestatio* peut être opposé par tous les débiteurs ou à tous les créanciers indistinctement, il ne peut être invoqué dans l'obligation *in solidum* que par le débiteur poursuivi ou contre le créancier qui a intenté l'action (L. 7, 4, 27, 6; L. 3, 4, 9, 3; L. 17 pr. 4, 3; L. 5, 15, 13, 6).

Est-il possible de trouver un autre effet commun à toutes les obligations *in solidum* qui les sépare des obligations corréales? Au point de vue des modes d'extinction, si l'on [admet avec moi qu'elle peuvent naître aussi bien de la volonté des parties que de faits étrangers à cette volonté (ch. II, § 1^{er}; p. 2),] je ne le crois pas. Je pense avec M. Accarias (t. II, p. 333) « que les Romains ont procédé ici sans esprit de système que chacune de ces obligations a ses règles propres, et cela tient à l'extrême diversité des faits qui les engendrent. »

Cependant peut être pourrait-on soutenir, par analogie de ce qui est décidé par la loi 52, § 3, 46, 1, à propos de *mandatores pecuniæ credendæ*, que la chose jugée à l'égard d'un des codébiteurs *in solidum* est sans force vis-à-vis des autres : tandis que, on l'a vu (p. I, ch. III), la chose jugée sur l'existence de la dette avec l'un des obligés corréaux a en général effet à l'égard des autres. Mais si cette solution est logique à l'égard des codébi-

teurs tenus en vertu d'un délit ou d'une faute commune, je n'oserais pas l'étendre aux obligés tenus *in solidum* en vertu d'un contrat, lorsque le jugement a été rendu sur l'existence même ou l'extinction de l'obligation solidaire.

En matière de corréalité, Justinien a décidé (L. 5, C., 8, 40), que l'interruption de prescription contre un des débiteurs corréaux produirait effet à l'égard de tous. Il ne faut pas étendre les conséquences de cette innovation aux débiteurs *in solidum*, car la constitution ne s'y applique pas textuellement, et les motifs qui l'ont fait rendre n'existent pas, au moins en ce qui concerne les obligations *in solidum* nées en dehors de la volonté des parties.

D'après une opinion généralement reçue, il y aurait une autre différence entre les obligations *in solidum* en général, et les obligations corréales : dans les premières les débiteurs ne répondraient pas les uns du fait des autres, tandis que dans les secondes ils en répondraient. (L. 19, 4, 3 et L. 48, 45, 2). On a vu que pas plus dans un cas que dans l'autre nous n'admettions la responsabilité réciproque des coobligés pour leurs fautes.

Au point de vue du bénéfice de division, nulle distinction à faire entre les *correi debendi* et les codébiteurs *in solidum* en général, bien que la question (L. 47 *Locati* 19, 2), par suite de l'admission des considérations d'équité auxquelles je faisais allusion dans le chapitre 1^{er} de cette partie, ait été discutée à l'égard de ces derniers (L. 43, C. n. 4, 65.) Ni les uns ni les autres n'en jouissent.

Mais par faveur spéciale, les tuteurs d'un même pupille, ou les magistrats d'une même cité, sont autorisés, lorsque la poursuite n'est fondée ni sur leur dol person-

nel, ni sur un dol commun à tous, à demander la division de l'action entre ceux d'entre eux qui sont solvables. (L. 1, 10 à 14, *De tut. act.*, 27,3 ; L. 7, *De magist. conv.*, 27,8 ; L. 38pr., § 1, *De admin. tut.* 26,7) (1). Le tuteur ou le magistrat qui s'est abstenu de gérer les affaires du pupille ou de la cité, peut aussi exiger la discussion préalable de ceux de ses collègues qui ont pris part à la gestion (L. 3, C. *De divid. tutela*, L. 3,5, § 2, et L. 39, § 14, *De adm. et peric. tutorum*. L. 11 et 13 ; *ad municip.* ; L. 4 C. *quo quisque ord. convenitur*).

Enfin un dernier point : le débiteur *in solidum* qui paye peut-il recourir contre ses codébiteurs pour leur part ? En matière de corréalité, nous n'avons admis le recours que lorsqu'il existait entre les *rei* un rapport d'intérêt net et prouvé l'autorisant au moment du paiement : en matière d'obligations *in solidum*, il aura lieu, à notre avis, par cession d'actions, toutes les fois que la poursuite ne sera pas fondée sur un fait présentant un caractère délictueux ou dolosif, car dans ce cas *nulla est societas malefactorum* de tous les obligés, ou sur une faute personnelle au débiteur poursuivi (L. 47,19,2 ; L. 13 C., 4,65). Mais pourra-t-il s'exercer par une action utile de gestion d'affaires ? Je ne le crois pas, pour les raisons que j'ai données dans mon chapitre IV sur la corréalité : cela me paraît contraire aux principes qui régissaient la *negotiorum gestio* au moins dans le droit classique, et d'ailleurs, comme je l'ai déjà dit, on ne voit dans les textes accorder de recours par cette voie,

(1) Signalons ici un résultat bizarre : tandis que le cotuteur obligé principal, peut, dans les cas ordinaires, invoquer le bénéfice de division, les cofidéjusseurs qu'il a donnés, qui en jouissent habituellement, sont privés de cette prérogative dans l'espèce (L. 12,46,6). Voy., cependant L. 7 *De fid. et nom.*, 27,7.

qu'exceptionnellement et par faveur pour leur situation, aux cotuteurs et aux magistrats des cités (L. 30, *Deneg. gest.*, 3,5 ; Cujas : *Com.* sur le livre III du Dig. de Julien).

DE LA SOLIDARITÉ

EN

DROIT FRANÇAIS

PARTIE I

DE LA SOLIDARITÉ TELLE QU'ELLE RÉSULTE DES TEXTES

(Art. 1197-1216, C. Civ.)

INTRODUCTION

L'idée générale de la solidarité est en droit français ce qu'elle était en droit romain, de même que je me suis refusé à voir dans les obligations corréales et *in solidum* deux classes de nature et d'essence différentes, de même encore ici, je me refuse à reconnaître que les législateurs du Code civil aient conçu le rapport solidaire en lui-même d'une autre façon que les juriseconsultes du Digeste.

Que trouve-t-on en effet dans notre droit ? Cette règle bien nettement posée (art. 1169, 1217 et 1220 combinés) : lorsque plusieurs personnes se trouvent obligées à la fois, c'est-à-dire par un même acte juridique, par un même titre ou par un même fait, à une même dette, cette dette se divise entre elles, inégalement si la convention ou la loi s'expriment à cet égard, également en tout autre cas ; et lorsque plusieurs personnes deviennent créancières dans les mêmes circonstances, la créance se partage entre elles de la même façon. Que faut-il pour transformer ces débiteurs ou ces créanciers *conjointes* en débiteurs ou créanciers *solidaires* ? une convention ou une

prescription légale, comme nous l'avons dit dans notre introduction générale à la matière, qui attribue à chacun momentanément le bénéfice ou la charge de la totalité de l'obligation. De sorte que je définis la solidarité prise dans sa généralité : Une exception apportée à la règle de division des obligations par la volonté des parties ou par la loi, et en vertu de laquelle chacun des créanciers aura droit ou chacun des débiteurs sera obligé à la totalité de la dette, sans cependant que celle-ci doive être payée plus d'une fois.

Or, je le demande, n'est-ce pas là la définition de l'engagement solidaire pris dans son essence en droit romain ? On voit donc que les jurisconsultes français n'ont rien changé, et ne pouvaient rien changer à la conception d'un rapport de droit qui répond à un besoin naturel de garantie et de commodité, et qui se retrouve à toutes les époques dans toutes les législations.

Mais, me dira-t-on, les rédacteurs du Code civil ont envisagé de toute autre façon que les Romains l'engagement solidaire, et la preuve, c'est qu'ils ont admis des décisions différentes sur un grand nombre de points ; et c'est en se fondant sur *l'idée d'un mandat réciproque* entre les divers créanciers et les divers débiteurs, à l'exemple de nos anciens auteurs, idée tout à fait étrangère au droit romain, qu'ils les ont introduites. Cette objection ne m'embarrasse pas. Quant à la conception d'un mandat ou d'une représentation réciproques des codébiteurs, ou des cocréanciers solidaires les uns vis-à-vis des autres, j'essayerai de démontrer qu'elle n'a pas existé ou du moins qu'elle n'a existé que d'une façon très vague, chez le législateur de 1804 : elle ne saurait donc être invoquée contre moi. Quant à la différence des effets du lien solidaire en droit romain, et en droit

français, elle s'explique comme la différence des effets des obligations corréales et *in solidum*, par une évolution historique, par un nouveau pas fait dans la voie du progrès et de l'équité. C'est ainsi par exemple, que les art. 1205 et 1207, malgré les critiques dont ils sont l'objet, et l'art. 1294, tel que nous l'entendons, nous paraissent des modifications assez heureuses et conformes à l'intention des contractants largement interprétée, des décisions romaines sur la faute, la demeure et la compensation.

Cette partie sera naturellement divisée en deux sections: la première relative à la *solidarité entre créanciers*, la seconde à la *solidarité des débiteurs*: chacune de ces sections comprendra, l'une trois, l'autre quatre chapitres consacrés à la nature, aux sources, aux effets de la solidarité, et aux rapports des créanciers ou des débiteurs solidaires entre eux.

Puis, dans une seconde partie, ainsi que nous l'avons dit dans notre introduction générale, nous examinerons la question de savoir s'il y a lieu, comme à Rome, de distinguer deux catégories d'obligations solidaires, et d'admettre des obligations pour le tout en dehors des textes qui les reconnaissent expressément.

SECTION I

De la Solidarité entre créanciers

CHAPITRE I

NATURE ET SOURCES DE LA SOLIDARITÉ ACTIVE

CONDITIONS NÉCESSAIRES A SA FORMATION. — Pour que la solidarité active se forme, il faut d'abord que plusieurs

personnes deviennent créancières *conjointement*, c'est-à-dire qu'en vertu d'un même acte juridique une même somme ou un même objet leur soit dû et qu'un même titre constate leur créance. En l'absence de ces conditions, il y aurait autant de créances distinctes et séparées que de créanciers. Il faut ensuite, et c'est là ce qui constitue la solidarité à leur profit, qu'une clause particulière vienne donner à chacun le droit de réclamer au débiteur commun la totalité de la dette, dont il ne pourrait sans cela demander qu'une portion.

INTERPRÉTATION DE LA CLAUSE DE SOLIDARITÉ. — Cette clause étant une exception à la règle de division de la créance entre les personnes qui l'ont acquise (art. 1217 et 1220), ne se présume jamais : elle doit être expresse. Ce n'est pas qu'il soit nécessaire d'employer les mots « solidaire », « solidairement » mais il faut que l'intention du débiteur d'établir la solidarité en faveur des créanciers soit bien nette (art. 1197).

C'est ainsi, pour prendre un exemple classique, qu'une disposition testamentaire ainsi conçue : « Mon héritier donnera aux Carmes ou aux Jacobins la somme de cent livres », serait généralement interprétée, bien que Pothier décide le contraire (*Obligations*, n° 259), non pas en ce sens que la communauté des Carmes et celle des Jacobins seront dans la position de créanciers solidaires mais que l'héritier aura le choix de déterminer celle qui sera bénéficiaire du legs, *même après avoir été prévenu par les poursuites de l'une d'elles*, choix qui n'appartient plus au débiteur en présence d'un créancier solidaire dans la même situation (1198).

C'est ainsi encore que l'indication faite par un créancier d'une personne qui doit recevoir le paiement pour lui, ne vaudrait pas stipulation de solidarité active. Il

n'y aurait ici qu'un seul créancier véritable, et à côté de lui un mandataire, *adjectus solutionis gratia*, soumis comme tel à révocation, incapable d'exercer aucunes poursuites ou de transmettre ses pouvoirs à ses héritiers, et chargé de restituer à son mandant tout ce qu'il aura reçu.

La solidarité, même constante, doit s'interpréter restrictivement : si donc deux personnes déclarent *vendre* solidairement un objet, elles seront bien tenues solidairement des obligations qui naissent de la *vente*, mais la solidarité ne s'étendra pas à la créance du prix, et l'acquéreur ne pourra en payer valablement à chacun des vendeurs que la moitié (*Sic.*, MM. Demolombe, *Code civ.*, t. XXVI, p. 104; Rodière, *De la Solidarité et de l'Indivisibilité*, n° 5; Larombière, *Obligations*, t. II, art. 1197. — *Contra*, Duranton, *Code civil*, t. XI, n° 169.) Au contraire, si deux personnes *achètent* solidairement, non seulement elles deviendront débitrices solidaires du prix envers le vendeur, mais encore créancières solidaires des obligations de délivrance et de garantie, car l'achat solidaire d'un objet comprend non seulement le paiement du prix, mais encore la possession de cet objet (Demolombe et Rodière. — *Contra*, Larombière).

Si, au lieu d'une vente, on suppose une promesse solidaire de prêter telle somme à une époque déterminée, les deux personnes qui l'auront faite seront bien obligées solidairement de fournir la somme promise, mais la créance qui naîtra pour elles de ce prêt ne sera point du tout solidaire : chacune d'elles ne pourra en demander que moitié.

SOURCES DE LA SOLIDARITÉ ACTIVE. — J'ai dit qu'elle naissait d'une clause ; la convention et le testament qui

impliquent la volonté des parties (1), sont donc ses seules sources : chez nous, pas plus qu'en droit romain, il n'y a de solidarité active légale. Et cela se comprend fort bien, car le lien solidaire entre créanciers suppose la plus grande confiance, confiance que la loi ne pouvait imposer. C'est même cette raison qui explique sa rareté, surtout dans notre droit, où un mandat réciproque de recouvrer la créance commune présenterait les mêmes avantages que le lien solidaire, sans avoir comme lui (art. 2003) les inconvénients d'être irrévocable et transmissible aux héritiers.

Mais si la solidarité active se rencontre fort rarement et est peu pratique en matière civile, il en est autrement en matière commerciale, et il est généralement présumé, lorsqu'une obligation commerciale a été contractée envers plusieurs créanciers, surtout s'ils sont associés, que celui d'entre eux qui a le titre entre les mains, a le droit d'exiger du débiteur commun le paiement pour le tout, bien que le titre ne porte aucune mention à cet égard. (Demolombe, p. 99. — Pardessus, II, n° 181. — Duranton, XI, n° 166; art. 22 Com.)

CHAPITRE II

EFFETS DE LA SOLIDARITÉ ACTIVE DANS LES RAPPORTS DES CRÉANCIERS AVEC LE DÉBITEUR

I. — Chacun des créanciers peut réclamer le montant intégral de la créance. C'est là l'effet constitutif et

(1) On peut dire, en effet, que dans un testament l'héritier en acceptant la succession, *consent* à continuer la volonté du testateur, et à devenir débiteur des personnes qu'il a constituées légataires solidaires.

essentiel de la solidarité, celui que l'article 1197 mentionne quand il la définit, et, comme conséquence de ce droit, « il est au choix du débiteur de payer à l'un ou à l'autre des créanciers solidaires, tant qu'il n'a pas été prévenu par les poursuites de l'un d'eux » (art. 1198, § 1). — Le même droit appartient aux héritiers de chacun des créanciers, mais ce n'est pas à dire que chacun d'eux pourra, comme leur auteur décédé, demander la totalité de la créance : la solidarité, en effet, n'implique pas par elle-même l'indivisibilité (art. 1219), et il est de principe que les créances et les dettes du *de cujus* se divisent de plein droit entre ses héritiers (art. 1219, 1220, 2249). Chacun de ceux-ci ne peut donc réclamer qu'une partie proportionnelle à sa part héréditaire de l'ancienne créance, et c'est là un résultat fort équitable, car si les créanciers du *de cujus* avaient assez de confiance en lui pour le charger, de concert avec eux, du recouvrement intégral, il n'est rien moins que prouvé qu'ils l'aient reportée sur des cohéritiers probablement inconnus et peut-être très nombreux.

Si le décès d'un des créanciers ne fait pas cesser la solidarité, il en est à plus forte raison de même de son changement d'état : le paiement peut être très valablement fait à ses représentants, maris, tuteurs ou syndics de faillite. Chacun des créanciers solidaires peut aussi ne recevoir qu'un paiement partiel de la créance, non pas, comme le disent MM. Rodière et Demolombe (*op. cit.*, n^{os} 40 et 155), parce que le pouvoir de toucher une somme emporte celui d'en toucher une partie seulement, car le contraire me paraît en général aussi vrai, mais bien parce que la solidarité étant presque toujours une modalité ajoutée à une créance conjointe dans l'intérêt des créanciers, ils ne peuvent, en vertu de cette modalité,

voir leur pouvoir plus restreint que s'ils étaient restés conjoints.

Le débiteur peut choisir le créancier qu'il veut pour payer, et par là il se libère à l'égard de tous, mais cette faculté d'option cesse « quand il a été prévenu par les poursuites de l'un d'eux » (art. 1198). Celui-là a, dès lors, droit acquis au paiement intégral, ses poursuites équivalant, selon l'expression de M. Demolombe (n° 159), « à une prise de possession, à une sorte de saisie-arrêt mise sur la créance en faveur du plus diligent. » Nous avons d'ailleurs déjà trouvé la même solution, indépendante de l'effet de la *litis contestatio*, en droit romain (L. 16, *De duob. reis*; et L. 24, *De leg. 2°*). Mais quels sont les actes que la loi comprend ici sous le nom de « poursuites » et qui font ainsi perdre au débiteur le droit de se libérer, même partiellement (*Cont.*, Laromb., art. 1197, n° 7 ; Rodière, n° 15), entre les mains d'un autre que le poursuivant ?

C'est d'abord, et sans aucun doute, une citation en justice, un commandement, une saisie, une citation en conciliation suivie dans le mois d'une demande en justice : c'est ensuite, à notre avis, une simple sommation, ou une citation en conciliation même non suivie d'ajournement (Rodière, n° 14 ; Laromb., art. 1198, n° 2 ; *Cont.*, Demol., n° 164), car la loi a entendu que le débiteur fût « prévenu » et ces divers actes le préviennent suffisamment, que le poursuivant entend être payé.

II. — Jusqu'ici les effets de la solidarité active sont semblables en droit romain et en droit français, parce que nous n'avons fait que définir, pour ainsi dire, le lien solidaire entre créanciers, et que, comme on l'a vu, la conception en est la même dans les deux législations. Mais

maintenant les différences, amenées par le progrès des idées d'équité vont s'accroître d'autant plus vivement, que, nous l'avons dit dans notre étude sur le même sujet en droit romain (partie III, chap. 1), la transformation des obligations corréales en obligations *in solidum* était restée du côté actif à peu près dans le domaine de la théorie et que, par suite, leurs effets, si l'on excepte celui relatif à la consommation de la procédure, étaient demeurés identiques. Du caractère formaliste et strict de la stipulation, les Romains avaient conclu que chacun des stipulants s'étant fait promettre la totalité de la créance, il devait être considéré à l'égard des autres comme s'il avait été créancier unique : de là pour lui le droit de disposer à son gré par acceptation, novation, en déclinant le serment ou autrement de la créance commune : peu importait au point de vue de l'obligation elle-même les liens de mandat, de société ou d'intérêt commun qui pouvaient exister entre lui et ses créanciers.

Nos anciens auteurs, plus préoccupés de suivre à la lettre les textes du Digeste que de les accommoder à l'état des mœurs de leur époque, n'avaient peut-être pas assez réfléchi qu'avec les formes de la stipulation et les règles relatives à la *litis contestatio* devaient disparaître les conséquences qui en avaient été tirées, et ils reconnaissaient à chacun des créanciers le même pouvoir qu'en droit romain (Domat : *Solidarité*, sect. II, art. 4 — ; Pothier, *Oblig.* n° 260).

Les rédacteurs du Code n'ont pas suivi ce système ; ils ont considéré que pratiquement la solidarité active se présentait presque toujours à la suite d'un intérêt commun, rapport de société ou de mandat, entre les différents créanciers, et au lieu d'exclure comme le droit romain cette idée d'intérêt commun de l'obligation so-

lidaire, ils l'y ont incorporée et en ont tiré des solutions très heureuses. Ils ont présumé que chacun des créanciers était intéressé pour une part égale dans la créance, et dès lors logiquement, ils lui ont interdit de rien faire qui pût préjudicier à ses cocréanciers : La présomption peut être fausse : peu importe : le recours définitif viendra donner à chacun ce à quoi il a réellement droit, et ainsi nul n'aura été lésé. Ainsi présomption d'un intérêt égal et commun (1) entre les différents créanciers, et comme conséquence interdiction faite à chacun de disposer de plus de sa part dans la créance commune, telle est l'idée qui ressort clairement des décisions contenues dans les art. 1365 et 1498, 2°, du Code civil, et qu'il faut toujours invoquer quand on examine l'effet d'un acte d'un des créanciers solidaires vis-à-vis du débiteur.

Je commencerai d'abord par examiner les points hors de toute controverse.

1° REMISE DE LA DETTE ET SERMENT. — Chacun des créanciers ne peut disposer que de sa part et ne peut

(1) Presque tous les auteurs invoquent ici l'idée d'un *mandat réciproque* à côté de la communauté d'intérêts, et ils disent : « Chacun des créanciers solidaires n'est considéré comme créancier que pour sa part, pour la part de ses créanciers il ne doit être regardé que comme un *mandataire* à l'effet d'en opérer le recouvrement et de conserver leur droit. » L'idée est au fond identique à celle que j'exprime, mais pourquoi introduire un mandat réciproque dans la solidarité pour en expliquer les effets, alors qu'on est obligé de déclarer que ce mandat n'en est pas un, attendu qu'il est irrévocable, transmissible aux héritiers et sans renonciation possible, c'est-à-dire ne présente aucun des caractères généraux du mandat ? N'est-il pas bizarre d'expliquer la solidarité par un mandat, dont il faut à son tour expliquer la nature, quand on peut parfaitement justifier tous ses effets directement.

anéantir le droit de ses créanciers, donc « la remise qui n'est faite que par un des créanciers solidaires ne libère le débiteur que pour la part de ce créancier » (art. 1198), c'est-à-dire qu'elle ne le libère pas du tout s'il est prouvé que le créancier qui l'a faite ne devait profiter d'aucune partie de la créance. Si le créancier qui a fait la remise l'avait déguisée en donnant une quittance pour l'intégralité de la dette, ses cocréanciers seraient admis à prouver la fraude par toute espèce de moyens et à exiger un nouveau paiement pour tout ce qui excède la part dont il pouvait disposer.

Un des créanciers solidaires ne peut pas non plus représenter les autres dans un concordat, car le concordat suppose un abandon de la créance qu'il ne peut faire que pour sa part, il faudra donc que tous figurent dans les opérations de la faillite.

Par suite du même principe, « le serment déféré par l'un des créanciers solidaires au débiteur, ne libère celui-ci que pour la part de ce créancier » (art. 1365).

2° NOVATION, TRANSACTION, COMPROMIS. — Tous ces actes seraient des modifications apportées à la créance commune par la volonté du créancier, ils ne peuvent donc avoir effet que pour sa part. Déjà d'ailleurs, nous l'avons vu, Vénuléius soutenait en droit romain, contrairement à l'opinion générale, que la novation n'était pas opposable aux créanciers qui y étaient restés étrangers (L. 31, 1, *De novat.* et 11, ch. III). Mais si la novation, la transaction et le compromis consentis par l'un des créanciers solidaires ne peuvent être opposés aux autres, ceux-ci peuvent-ils les invoquer contre le débiteur, s'ils les trouvent avantageux? Les auteurs décident en général négativement, car, disent-ils, ou bien les créanciers se représentent les uns les autres, ou ils ne se

représentent pas ; s'ils ne se présentent pas quand le débiteur leur oppose les actes de leur cocréancier, il doit en être de même quand ce sont eux qui les invoquent contre lui, et de plus l'opinion contraire léserait les intérêts du débiteur en lui créant une position inégale (MM. C. de Santerre, t. V, n° 130 *bis*, 3 ; Demolombe, n° 187 ; Laurent, *Droit civil*, t. XVII, n° 269). Nous préférons cependant décider avec MM. Aubry et Rau, *sur Zach.*, t. IV, p. 17, et Larombière, *art.* 1198, n° 14, que les autres créanciers peuvent se prévaloir s'ils le jugent convenable, de la novation, de la transaction ou du compromis intervenu avec l'un d'eux : en effet, quant à l'argument tiré de la représentation, il nous paraît peu solide, non pas parce qu'il faut distinguer le mandat à l'effet d'*améliorer* du mandat à l'effet d'*empirer* la situation des autres créanciers, c'est là une distinction trop subtile et trop hypothétique, mais parce que la question est précisément de savoir si cette représentation existe, jusqu'à quel point elle existe ; et quant à l'argument tiré du préjudice qui pourrait résulter de l'application de notre système pour le débiteur, il ne porte pas davantage, car si ce débiteur a consenti au compromis, à la novation, ou à la transaction, c'est qu'il y trouvait un avantage, et cet avantage subsistera aussi bien vis-à-vis des autres créanciers que vis-à-vis de celui avec lequel il a contracté. Nous nous trouvons donc en face de la présomption d'intérêt commun entre les créanciers qui domine la matière et cela suffit pour déroger au principe contenu dans l'art. 1165 que « les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes et qu'elles ne profitent aux tiers que dans le cas prévu par l'art. 1121 ».

3° PRESCRIPTION. — Chacun des créanciers ne peut

disposer que de sa part *au préjudice* de ses cocréanciers, mais il peut leur être utile indirectement en servant ses propres intérêts. Aussi, aux termes de l'art. 1199, « tout *acte* qui interrompt la prescription à l'égard de l'un des créanciers solidaires, profite aux autres créanciers : » tout acte, c'est-à-dire aussi bien une reconnaissance volontaire, ou même une renonciation à une prescription déjà acquise (Demol., n° 169) qu'une interpellation judiciaire.

Mais si l'un des créanciers est décédé et que ce soit un de ses héritiers qui interrompe la prescription, comme il n'a le droit de l'interrompre que pour sa part héréditaire, c'est seulement dans cette proportion que les autres créanciers profiteront de l'interruption (2249 arg. d'anal.)

Mais faut-il décider à l'égard de la suspension de prescription comme à l'égard de l'interruption ? Je ne le crois pas, et je pense que c'est seulement au profit du créancier solidaire incapable (mineur ou interdit, époux ou épouse du débiteur) (art. 2252, 2253) et pour sa part, que la prescription sera suspendue : la suspension est en effet fondée sur une cause toute personnelle à celui qui l'invoque, et s'il en est autrement en matière d'obligations indivisibles où le mineur relève le majeur (art. 710), c'est que la nature même des choses imposait la décision de la loi. Mais la solidarité n'implique en rien l'indivisibilité, et tandis que l'effet attaché à l'interruption est une conséquence naturelle et nécessaire du droit de demander le tout, la faveur qui résulte de la suspension ne se produit qu'accidentellement, pour un créancier déterminé, en dehors de toute volonté des parties. C'est d'ailleurs ce que reconnaît implicitement l'art. 2251 où on lit : « La prescription court contre toutes personnes

à moins qu'elles ne se trouvent dans quelque exception établie par une loi ; » or si je vois bien cette exception faite expressément pour le créancier solidaire incapable, je n'en trouve nulle part une semblable en faveur de ses cocréanciers. (Aubry et Rau, t. IV, § 298 *bis*, note 11 ; Rodière n° 25 ; Massé et Vergé, t. III, § 527, note 13 ; Laurent, n° 264 ; C. de Santerre, n° 131 *bis*, 2. — *Contr.* Laromb. art. 1799, n° 3 ; Demolombe n° 171.) Si l'acte interruptif de prescription a perdu son effet par exemple par suite d'une péremption ou d'un désistement du créancier poursuivant, l'effet interruptif cessera aussi vis-à-vis des autres créanciers, à moins qu'il n'y ait eu dol ou fraude. Il serait en effet singulier que le débiteur vît la procédure éteinte et toutes les conséquences qu'elle entraînait supprimées à l'égard de celui qui l'a actionné, alors qu'elles seraient maintenues vis-à-vis de ceux qui ont gardé le silence, et d'ailleurs si ces derniers voulaient prévenir la péremption ou le désistement, ils n'avaient qu'à intervenir dans l'instance.

PERTE DE LA CHOSE DUE. — La créance se trouvant dès lors sans objet elle est éteinte à l'égard de tous (art. 1302).

Jusqu'ici nous avons trouvé dans le Code ou bien des textes ou bien des arguments d'analogie qui nous ont fourni des solutions admises à peu près par tous les auteurs, mais nous allons rencontrer maintenant des points qui devant le silence absolu du législateur, donnent lieu à de vives controverses.

CHOSE JUGÉE. — L'un des créanciers solidaires a obtenu un jugement contre le débiteur, ce jugement profitera certainement aux autres, car c'est le but même de la solidarité active d'assurer le paiement de la totalité de la dette par une seule poursuite (V. cependant Duranton,

t. XI, n° 179). Ce qui est jugé *en faveur* d'un créancier solidaire est donc jugé en faveur de ses cocréanciers : mais si le débiteur a été absous sur les poursuites de l'un, ce qui est jugé *contre* le poursuivant sera-t-il jugé contre ceux qui n'ont pas pris part à l'instance ? Je le pense, avec MM. Demolombe, n° 191, C. de Santerre n° 328 *bis*, 27, et Duverger (à son cours), et il n'y a dans cette opinion rien de contraire aux décisions du Code : si en effet nous avons reconnu qu'un des créanciers solidaires ne pouvait compromettre que sa part dans la créance, c'est qu'il était naturel qu'un acte de sa volonté ne pût modifier dans un sens désavantageux la situation de ses cocréanciers ; mais quand il s'adresse à la justice et qu'il est débouté, ce n'est pas volontairement, c'est forcé par la résistance du débiteur qu'il a employé le seul moyen en son pouvoir d'obtenir l'intégralité de la créance. Tous les créanciers solidaires ont d'ailleurs, au moment de la constitution de la créance, consenti à ce que chacun d'eux eût ce pouvoir d'actionner définitivement le débiteur ; si l'un en a mal usé, c'est-à-dire a employé des moyens de preuves insuffisants qui ont amené l'absolution (car nous exceptons le cas de dol, de fraude ou d'acquiescement de sa part qui amènerait un recours et la possibilité de la tierce opposition) (474 C. Proc.) ils n'ont qu'à s'imputer à eux-mêmes leur excès de confiance, d'autant qu'ils pouvaient intervenir dans l'instance pour sauvegarder leurs droits.

On objecte à cette solution (Aubry et Rau, 298 *bis*, not. 17 : Laurent, n° 271 ; Bounier, *Traité des preuves*, t. II, n° 887) que les créanciers se sont bien donné mandat à l'effet de réclamer le montant de la créance et de faire tout ce qui sera utile à sa conservation, par conséquent d'obtenir un jugement de condamnation, mais

que ce mandat, tout en leur faveur, ne saurait comprendre le droit de compromettre leurs intérêts par l'absolution du débiteur. Nous répondrons à cette objection, qui se reproduira sur tous les paragraphes suivants, par deux arguments : 1° que cette idée de mandat, à supposer qu'elle soit exacte, ne vaut que comme explication des textes, qu'elle n'est nullement la source de ceux-ci et qu'elle est trop éloignée de la conception du mandat ordinaire pour qu'on en puisse tirer des analogies; 2° que, même en admettant cette théorie du mandat, si d'une part il comprend, ce que tout le monde est forcé de reconnaître, le droit de poursuite le plus large, le droit d'obtenir pour le tout condamnation opposable par tous les mandants, et si d'autre part il est irrévocable, ce qui est certain, ce serait indirectement le révoquer et aller contre sa nature que de méconnaître pour partie la sentence judiciaire, en quelque sens qu'elle soit rendue, qui a été obtenue en vertu des pouvoirs confiés.

CONFUSION. — Un des créanciers solidaires devient héritier unique du débiteur commun ou réciproquement, la créance est-elle éteinte par confusion seulement pour la part de ce créancier, subsistant pour le reste avec les sûretés, gages et hypothèques qui y étaient attachées, ou bien au contraire doit-elle être considérée comme éteinte entièrement et remplacée par une action individuelle en recours contre celui qui a profité de la confusion ? Je n'hésite pas à dire que la dette est éteinte entièrement à l'égard de tous les créanciers : en effet, la confusion est un mode d'extinction des obligations (art. 1234 et 1300) qui doit produire son effet plein et entier toutes les fois que la loi ne l'a pas restreint : or « les qualités de créancier et de débiteur se soit réunies dans la même personne » *pour l'intégralité de la*

créance, donc *c'est dans cette limite* que : « il se fait une confusion de droit, qui éteint les deux créances. »

On m'opposera que le créancier en la personne ou du chef duquel la confusion s'opère n'est en réalité créancier que pour une part, et mandataire pour le reste de ses cocréanciers, et que par conséquent la confusion ne doit s'opérer que pour la part qui lui appartient véritablement. Je réponds que si l'on veut laisser les mots pour s'attacher au fond des choses, on verra que tout créancier solidaire est créancier, non point pour une portion comme on semble toujours le dire, mais pour l'intégralité de la créance, attendu qu'il a le droit et de la toucher et de la réclamer tout entière. Si la loi a paru, quelquefois, comme dans les art. 1198 et 1365, ne le considérer comme créancier véritable que dans les limites de son intérêt, c'est parce qu'elle a entendu, à la différence de ce qui avait lieu en droit romain, pour les modes d'extinction du droit civil, lui interdire l'anéantissement de la créance solidaire pour un acte de sa volonté, mais pour un acte de sa volonté seulement. Or la confusion éteint l'obligation de plein droit, indépendamment de toute volonté des parties, et elle peut se produire en la personne du créancier le plus désireux d'être utile à ses cointéressés. Il serait dès lors bien étrange que la solidarité active, purement *conventionnelle*, vint empêcher des causes d'extinction *légales* de produire leur effet quand elles réunissent toutes les conditions exigées.

Si l'on m'oppose encore les art. 1209 et 1301 qui admettent l'effet seulement partiel de la confusion quand un débiteur solidaire devient unique héritier du créancier ou réciproquement, je répondrai, avec M. Colmet de Santerre (n° 130, *bis* V) : « Qu'il n'y a pas analogie avec

notre espèce, parce que, quand il s'agit de créanciers solidaires, le débiteur a le droit de choisir celui à qui il fait le paiement, et c'est pour cela qu'il est censé se payer à lui même ; au contraire, si on suppose des débiteurs solidaires dont l'un hérite du créancier, c'est ce créancier qui peut choisir le débiteur auquel il demande le paiement, et il faut bien lui reconnaître le droit de s'adresser aux autres ». (*Contr.* : Demolombe, n° 195.)

Si le débiteur, au lieu de succéder à l'un des créanciers pour la totalité de la dette, ne lui avait succédé, par suite du concours de cohéritiers, que pour une quotité, il est bien certain qu'alors la confusion ne se produirait que dans cette mesure et que le reste de la créance solidaire pourrait être demandé soit par les créanciers du *de cujus*, soit par les cohéritiers du débiteur à la charge de restituer à qui de droit ce qui dépasse leurs parts.

COMPENSATION. — Le débiteur peut-il opposer au créancier solidaire qui le poursuit la compensation de tout ce qui lui est dû par un des autres ? Oui, à notre avis, pourvu que les éléments essentiels de la compensation se trouvent réunis avant que le débiteur n'ait été prévenu par les poursuites d'un créancier, autrement elle aurait lieu au préjudice du droit acquis à un tiers (art. 1198 et 1298).

La créance étant une pour le débiteur, en effet, elle doit être immédiatement éteinte au profit de celui-ci, en totalité ou à due concurrence, quand il est devenu à son tour créancier de l'un des créanciers solidaires d'une somme liquide et exigible. Chez nous, en effet, la compensation opère de plein droit, et le brocard : « Qui compense paye, » est d'une justesse absolue ; or, si le débiteur avait payé la totalité de la dette, il serait entièrement libéré ; il l'a entièrement compensée, le même résultat

doit se produire. (Aubry et Rau, 398 *bis*, p. 17 ; Rodière, n° 16 ; C. de Santerre, 130 *bis*, 4 ; Demolombe, 192 ; Laromb., art. 198, n° 8).

Un autre système (Laurent n° 268 ; Massé, *Dr. commerc.*, t. III, n° 1931 ; Marcadé, art. 1198, n° 2) soutient au contraire, que la compensation ne se produit, et conséquemment que la dette n'est éteinte que jusqu'à concurrence de la part qu'avait dans la créance le créancier devenu débiteur. Il se fonde : 1° sur un argument d'analogie tiré de l'art. 1294 portant que « le débiteur solidaire ne peut opposer la compensation de ce que le créancier doit à son codébiteur », mais cet argument tombe, si l'on veut bien reconnaître dans l'art. 1294, comme nous le justifierons plus tard, une disposition tout exceptionnelle, introduite pour empêcher l'immixtion des codébiteurs dans les affaires particulières de l'un d'eux. 2° Il se fonde encore sur ce que le créancier ainsi devenu débiteur n'était, pour ce qui dépassait sa part, que le mandataire de ses cocréanciers, et que le débiteur commun ne peut évidemment pas opposer aux mandants la compensation de ce qui leur est dû par leur mandataire. C'est toujours le même argument tiré de cette idée de mandat réciproque dont nous avons déjà démontré le peu d'exactitude et d'utilité, et nous sommes heureux de nous trouver ici d'accord avec un des auteurs les plus justement estimés qui aient écrit sur la matière, M. Demolombe, qui cependant explique presque partout par un mandat les effets de la solidarité : « C'est méconnaître le caractère du mandat réciproque qui résulte de la solidarité, dit-il (n° 793), que de l'assimiler à un mandat ordinaire. » Nous croyons encore ici que la créance solidaire ne se compose pas dans les rapports des créanciers avec le débiteur, d'autant de créances séparées

qu'il y a d'intérêts divers, les unes pouvant être éteintes par des événements accidentels, tandis que les autres sont conservées, mais bien au contraire nous pensons que le but de la solidarité ayant été précisément de réunir et de fondre dans une seule, aux mains de chaque créancier, plusieurs créances qui sans cela auraient été indépendantes, ce serait aller contre la volonté même des parties et la nature de l'obligation que de la séparer de nouveau pour éteindre une partie, en maintenant les autres, en dehors des cas où, par des considérations d'équité, la loi a protégé les intérêts des créanciers contre les actes de l'un d'eux (1198 et 1365).

CHAPITRE III

RAPPORTS DES CRÉANCIERS SOLIDAIRES ENTRE EUX

En droit romain, comme on l'a vu, l'idée d'un recours entre les créanciers était tout à fait étrangère au lien corréal: il fallait une relation de droit indépendante de ce lien pour l'autoriser. En droit français, au contraire, il y a présomption d'un intérêt commun entre les créanciers et partage égal entre eux du bénéfice de l'obligation, à moins de disposition contraire.

Il résulte en effet de l'art. 1197 que la faculté donnée à chacun des créanciers d'exiger du débiteur le paiement de la dette entière n'empêche en rien « que le bénéfice de l'obligation soit partageable et divisible entre les divers créanciers. » Mais s'il est prouvé, soit que l'un des créanciers avait seul droit de bénéficier de la totalité de

l'obligation, soit qu'ils doivent se voir attribuer des parts différentes, alors bien entendu la présomption de division de la créance par portions égales cédera sa place à la réalité, et chacun obtiendra ce à quoi il a droit en définitive. Quand à la preuve de cette dérogation au principe du partage égal, elle ne peut être administrée par témoins que dans le cas où ce genre de preuve est admis, conformément aux règles générales du droit (1341 et suiv.).

Si l'un des créanciers, au lieu de recevoir du débiteur la totalité de la créance, n'a reçu qu'un a compte, faudrait-il qu'il le partage de même avec ses cocréanciers au lieu de l'imputer exclusivement sur sa part ? Oui, ce paiement partiel pourrait être opposé aux autres créanciers par le débiteur, il faut donc qu'il soit réparti entre eux par celui qui en a profité dans la même proportion que le serait la totalité si elle avait été payée.

Et le créancier devrait, à notre avis, faire cette répartition alors même qu'il n'aurait reçu que ce qui lui est dû en propre et qu'il lui aurait donné quittance uniquement « pour sa part » : la solidarité active suppose en effet une liaison d'intérêt assez grande entre les créanciers pour qu'on puisse appliquer par analogie l'article 1849 ainsi conçu : « Lorsqu'un des associés a reçu sa part *entière* de la créance commune et que le débiteur est depuis devenu *insolvable*, cet associé est tenu de rapporter à la masse commune ce qu'il a reçu, *encore qu'il eût spécialement donné quittance pour sa part*. (Demolombe, 145 et suiv. 156 et 157 ; Larombière, art. 1197, n° 20.)

Mais si le débiteur était resté *solvable*, je ne vois plus, contrairement à l'opinion de MM. Demolombe (n° 156) et Rodière (n° 33), de raison pour admettre une répartition qui ne serait qu'une complication, et l'art. 1849 que l'on

invoquait tout à l'heure est directement contraire à une telle hypothèse.

Si l'un des créanciers avait donné quittance intégrale, quoique n'ayant reçu qu'une partie de la dette, cette quittance simulant un paiement total ne vaudrait que comme simple remise, et le débiteur ne serait libéré que pour la part de celui qui a donné la quittance. Les autres créanciers ne seraient pas même tenus d'imputer sur le montant de la créance, dans ce cas, contrairement à ce que nous venons de décider, ce qui dépasserait la part de leur cocréancier dans l'a compte par lui reçu ; car la fraude commise, dont la preuve peut se faire par tous les moyens, devrait faire considérer la somme payée comme le prix d'un acte illicite, et la quittance devrait être annulée dans tout ce qui concerne les intérêts des créanciers lésés. (Rodière, n° 19 ; Demol., n° 181.)

Il est fort possible que l'un des créanciers solidaires voie sa part augmenter par suite de l'extinction du droit d'un des autres : il se produit alors une sorte d'accroissement. C'est ainsi, par exemple, que si de deux donataires solidaires l'un n'accepte pas ou se trouve incapable, l'autre profite en totalité de la donation devenue caduque à l'égard du premier : ils avaient en effet tous deux vocation à la donation tout entière, et ce n'est que leur concours qui amenait la division. C'est là une différence importante de la créance solidaire avec la créance conjointe, où les créanciers, quoi qu'il arrive, n'ont jamais vocation qu'à une partie de la chose due.

SECTION II

De la solidarité entre les débiteurs

CHAPITRE I

NOTION GÉNÉRALE DE LA DETTE SOLIDAIRE

La solidarité des débiteurs est, dans la pratique, aussi fréquente que celle des créanciers l'est peu : elle répond en effet à un tel besoin de garantie, elle assure si pleinement les droits des créanciers et par là elle ouvre un si large crédit aux emprunteurs (1), que non seulement la convention des parties et la loi, mais encore la jurisprudence et la doctrine se sont pluës à en multiplier les cas d'application. De sorte que, si l'on acceptait toutes les décisions des tribunaux et des jurisconsultes, on pourrait dire assez justement que, tout au moins pour les obligations qui ne naissent pas de la convention, dès qu'il y a plusieurs débiteurs, la solidarité entre eux est la règle, la division l'exception. Bornons-nous à le constater, quant à présent ; notre deuxième partie tout entière sera consacrée à la réfutation de ce système, que je considère comme la violation même de la loi.

Fidèles au principe que nous avons adopté dans le cours de ce travail, nous partirons, dans cette importante matière comme dans les précédentes, uniquement

(1) V. pour plus de développements sur ce point ce que j'ai dit de l'utilité de la corréalité en droit romain (P. I. chap. I, Sect. II).

des définitions et des solutions précises contenues dans les textes, pour tirer, s'il est possible, des éléments connus et certains, des conclusions pour les points qui n'ont pas été traités, et peut-être pour l'édification d'une théorie générale. C'est assez dire que les idées de mandat réciproque et de cautionnement mutuel, admises par la majorité des auteurs comme bases du rapport solidaire, et fort utiles peut-être pour en expliquer les effets, seront écartées de notre définition comme trop divinatoires et trop hypothétiques.

L'art. 1200 définit ainsi la solidarité passive : « Il y a solidarité de la part des débiteurs lorsqu'ils sont obligés à une même chose, de manière que chacun puisse être contraint pour la totalité, et que le paiement fait par un seul libère les autres envers le créancier. »

Pour qu'il y ait solidarité il faut donc d'abord *que tous les débiteurs soient obligés à une même chose*; s'ils devaient des choses différentes, chacun aurait à fournir ce qui constitue son obligation propre, et un seul paiement ne les libérerait pas. Mais l'identité de dette n'est pas si impérieusement exigée que l'un ne puisse s'obliger, même pour ce qui dépasse sa part personnelle, sous des modalités différentes des autres, par exemple à terme ou sous condition, quand ses codébiteurs sont tenus purement et simplement (art. 1201 et L. 7, *De duob. reis*) (1). Et même, si, au lieu de différer de nature, l'engagement des divers obligés ne varie que de quantité et d'étendue, le lien solidaire, qui en droit romain n'eût pu naître dans de semblables conditions, au

(1) En matière de cautionnement solidaire ou simple, au contraire, comme l'obligation accessoire se modèle sur l'obligation principale, elle est réduite à sa mesure lorsqu'elle est contractée sous des modalités plus onéreuses (art. 2013).

moins sous sa forme corréale, peut parfaitement se former jusqu'à concurrence de la mesure où il y a identité de choses promises. A plus forte raison, l'incapacité d'un des débiteurs, qui à Rome déjà n'était pas un obstacle à la formation de l'obligation, n'en est pas un en droit français, car s'il y a unité d'obligation en ce sens que l'objet dû ne l'est qu'une fois, il y a autant de liens juridiques que de débiteurs différents, et d'ailleurs on doit pouvoir aussi bien s'engager solidairement avec un incapable que le cautionner (2012, C. civ.).

Il faut encore, pour que les débiteurs deviennent de conjoints solidaires, *que chacun d'eux se trouve obligé soit par une convention expresse, soit par une dispositions légale* (art. 1202), *à payer la totalité de la dette*, qui sans cela se serait divisée entre tous. Mais le paiement fait par un seul libère tous les autres envers le créancier. Ce caractère est commun à l'obligation solidaire et à l'obligation indivisible : nous les distinguerons tout à l'heure, mais il ne faudrait pas confondre avec la solidarité les diverses hypothèses prévues dans les trois premiers paragraphes de l'art. 1221 ; dans tous ces cas, en effet, il y a bien plusieurs débiteurs d'une même dette, mais il n'y en a qu'un seul, celui qui a en sa possession la chose hypothéquée, le corps certain, ou la chose indivisible, qui puisse être poursuivi pour le tout, et partant il n'y a rien qui ressemble à la solidarité.

Ces deux conditions ne suffisent pas : il faut de plus que les différents débiteurs se soient trouvés obligés à la totalité de la même dette à raison d'un même acte juridique ou à raison d'un même fait : en d'autres termes, *il faut que leur dette ait même cause*. On comprend, en effet, qu'il serait chimérique de supposer que plu-

sieurs personnes deviennent, dans des circonstances absolument différentes, débitrices d'une même somme envers un créancier, et qu'un seul paiement fait par l'une d'elles les libérera cependant toutes.

Dans l'obligation indivisible, comme dans l'obligation solidaire, chacun des débiteurs peut être poursuivi pour le total et un seul paiement amène la libération de tous, et l'on a assez justement reproché à la définition de l'art. 1200 de convenir aussi bien à l'une qu'à l'autre (comp. art. 1222); mais leur nature diffère profondément. Dans l'obligation indivisible, chacun des débiteurs n'est en réalité tenu que pour partie, c'est la nature de l'objet dû seule qui s'oppose à la division de la dette, il y a impossibilité matérielle d'exécution partielle : dans l'obligation solidaire au contraire, c'est seulement la volonté des parties ou celle de la loi qui établissent la responsabilité personnelle de chacun au total de la dette.

De là des conséquences fort importantes que nous avons déjà rencontrées avec d'autres spéciales à la procédure, en droit romain : 1° Lorsque la personne d'un des débiteurs disparaît, la dette ne subsiste plus solidaire entre ses héritiers; elle se divise entre eux, et naturellement la poursuite intentée par le créancier contre l'un n'interrompt la prescription que pour sa part (art. 2249); au contraire, au cas de dette indivisible, la disparition d'un des débiteurs ne change pas le caractère de l'objet dû : chacun de ses héritiers peut donc être poursuivi pour le tout, et la prescription interrompue contre lui l'est également pour le tout contre les autres. 2° Si l'objet de l'obligation solidaire se transforme par suite du retard ou de la faute des débiteurs, en dommages-intérêts, chacun des codébiteurs continuera à les devoir solidairement; au contraire, dans la même hypothèse,

la dette devenant divisible, l'indivisibilité ne produira plus ses effets, et chacun des débiteurs ne sera plus tenu que pour une part. 3° Lorsque la chose due péricule par la faute d'un des débiteurs solidaires, cette perte n'est pas considérée comme un cas fortuit qui libère les autres; ils continuent à être tenus de la valeur de la chose perdue, car ils étaient tous obligés personnellement à l'intégralité de la dette pour fournir des garanties au créancier, et un débiteur ne peut diminuer par son fait les sûretés qu'il a données (art. 1205 et 1188); lorsque la dette est indivisible, au contraire, c'est le hasard, la nature de la dette, et non point un besoin de garantie qui a donné au créancier autant de débiteurs pour le tout qu'il y a d'obligés; lors donc que la chose due péricule par la faute d'un d'entre eux, la dette perd son caractère: logiquement les débiteurs doivent être considérés comme ayant toujours été simplement conjoints et le codébiteur en faute reste seul tenu et de la valeur de la chose, et des dommages-intérêts.

CHAPITRE II

SOURCES DE LA SOLIDARITÉ ENTRE DÉBITEURS

D'après l'art. 1202, la solidarité passive peut être établie soit par la volonté de l'homme, soit par la loi: je diviserai donc ce chapitre en deux paragraphes, le premier consacré à la solidarité volontaire, improprement appelée conventionnelle, l'autre à la solidarité égale.

I. — De la solidarité établie par la volonté de l'homme

La volonté de l'homme peut constituer des débiteurs solidaires, soit par convention, soit par testament.

En effet, quoique l'art. 1202 ne parle que de la solidarité « stipulée », il n'est pas douteux qu'un testateur ne puisse charger tous ses héritiers ou quelques uns d'entre eux d'acquitter solidairement un legs qu'il eût pu mettre entièrement et définitivement à la charge d'un seul. Et si l'on veut bien se rappeler l'observation que nous avons déjà faite plusieurs fois, on verra que la volonté du testateur, continuée par celle de ses héritiers, et celle du légataire qui accepte le legs, jouent le même rôle que dans une convention ; l'accord des parties, et dès lors l'expression de la loi n'est pas aussi inexacte qu'elle le paraît.

La convention est la source la plus fréquente de la solidarité : elle peut trouver place dans tous les contrats, et, comme nous l'avons dit, elle se présente très souvent du côté passif. Un créancier a le plus grand intérêt à s'assurer la garantie de plusieurs patrimoines, qui répondent chacun également de l'intégralité de la dette sans que leurs propriétaires puissent, comme des cautions, lui opposer les bénéfices de division et de discussion. La poursuite qu'il intente pour le tout contre un des débiteurs ne lui fait pas perdre, comme en droit romain la *litis contestatio* intervenue avec un des *rei promittendi*, son droit contre les autres : il reste intact, comme dans l'obligation *in solidum*, pour tout ce qui n'a pas été obtenu.

Mais si la solidarité est très utile au créancier, elle est, en général, un fardeau très lourd pour les débi-

teurs, et dès lors on comprend que l'intention de l'établir doit être expresse (art. 1202) : que ce soit dans une disposition testamentaire ou contractuelle, elle ne se présume jamais ; dans le doute, l'obligation devra être réputée simplement conjointe, car elle s'interprète en faveur des débiteurs (art. 1162; — Dumoulin : *Divid. et Individ.*, pars III, n° 151 ; — Pothier, n° 275, *Oblig.*).

C'est ainsi que la solidarité n'existerait pas, soit entre tous les covendeurs d'une chose indivise dont quelques-uns seulement ont promis la garantie solidaire, soit entre plusieurs copropriétaires indivis vis-à-vis des ouvriers qui ont réparé leur immeuble, et avec lesquels ils ont traité simplement ensemble (Cass. 23 juin 1854, contrairement à un arrêt de la Cour de Rouen), soit à plus forte raison, malgré l'opinion de Toullier (t. VI, n° 721), entre deux personnes qui déclarent s'obliger *conjointement*.

Mais si les débiteurs déclarent qu'ils seront tenus « *l'un pour l'autre* » ou « *chacun pour le tout* », la solidarité résulterait suffisamment de cette clause, lors même que leur obligation serait de sa nature indivisible. Si deux architectes, par exemple, s'obligent à construire une maison « *chacun pour le tout* », nous interpréterons cette clause, contrairement à l'opinion de Dumoulin, qui n'y voyait que la simple expression d'un des effets de l'indivisibilité (*Divid. et Individ.*, pars III, n° 152), dans le sens où elle peut produire quelque effet (art. 1156), et nous y verrons un engagement solidaire.

II. — De la solidarité établie par la loi

La loi soumet certains débiteurs à la solidarité, en matière civile, en matière commerciale et en matière pénale.

En matière civile elle l'établit dans les cas suivants :

1° La mère tutrice qui se remarie sans avoir fait convoquer le conseil de famille pour décider si elle doit être maintenue dans la tutelle, la perd de plein droit, et son nouveau mari est solidairement responsable avec elle de toutes les suites de la tutelle qu'elle aura induitement conservée (art. 395) (1). — Si au contraire, le conseil de famille lui maintient sa tutelle, son second mari devient nécessairement son cotuteur, et en cette qualité solidairement responsable avec elle de la gestion postérieure au mariage (art. 396).

2° Aux termes de l'art. 1442, s'il y a des enfants mineurs lors de la mort de l'un des époux, le défaut d'inventaire fait que le subrogé tuteur qui n'a point obligé l'époux survivant à le dresser est solidairement tenu avec lui de toutes les condamnations qui peuvent être prononcées au profit des mineurs (2).

Dans les deux cas que nous venons d'examiner la solidarité est impérative, les parties ne peuvent convenir qu'elles n'y soient point soumises : dans les hypothèses suivantes au contraire, la loi ne fait, en la prononçant, qu'interpréter leur intention : elles peuvent donc, si elles

(1) Un arrêt de la Cour de Caen du 22 mars 1860 étend la responsabilité du mari de la mère tutrice à la gestion même antérieure au mariage (*Sic*, Aubry et Rau, t. I, p. 366 ; Grenier, *Hypoth.*, t. I, n° 280 ; Valette sur Proudhon, t. II, p. 290). Nous croyons avec MM. Demolombe (t. VII, n° 426 et suiv.) et Massé et Vergé (t. I, § 229, note 3), que c'est là une exagération de responsabilité et qu'il faut la limiter, comme dans l'art. 396, à la gestion postérieure.

(2) La Cour de cassation décide, avec beaucoup de raison, que la solidarité établie par l'art. 1442 doit subsister même au cas où le subrogé tuteur n'a été nommé qu'après l'entrée en fonctions du tuteur (arrêt du 12 avril 1848).

le veulent, écarter l'interprétation légale et déclarer que leur obligation sera simplement conjointe.

3° S'il y a plusieurs exécuteurs testamentaires qui aient accepté, ils seront solidairement responsables du compte du mobilier qui leur aura été confié, à moins que le testateur n'ait divisé leurs fonctions et que chacun d'eux se soit renfermé dans celle qui lui était attribuée (art. 1033) (1).

4° D'après l'ancien article 1734, tous les locataires d'une maison étaient solidairement responsables de l'incendie, à moins qu'ils ne fissent la preuve soit que l'incendie avait commencé chez l'un d'eux déterminément, soit que le feu n'avait pu commencer chez eux; la loi du 5 janvier 1883 est venue établir une plus équitable répartition du dommage et de sa réparation, en décidant que chacun des locataires ne serait responsable de l'incendie qu'en proportion de la valeur des locaux occupés, à moins toujours qu'ils ne rapportent l'une des deux preuves exigées déjà par l'art. 1734.

5° Si plusieurs ont conjointement emprunté à usage la même chose, ils en sont solidairement responsables envers le prêteur (art. 1887).

6° Lorsqu'un mandataire a été constitué par plusieurs personnes pour une affaire commune, chacune d'elles

(1) Les auteurs admettent en général (Demol. t. V, n° 39 ; Aubry et Rau, p. 459 ; Rodière, n° 195) que la solidarité doit être restreinte au compte du mobilier, mais ils décident en même temps que les exécuteurs testamentaires seront tenus, pour le tout, *in solidum*, des dommages-intérêts dont ils seront passibles pour d'autres causes, par exemple pour une faute commune. Comme on le verra dans notre deuxième partie, nous n'admettons pas cette dernière solution : il ne peut naître à notre avis d'un même contrat ou d'un même fait, d'autre obligation pour le tout qu'une obligation solidaire au sens de l'art. 1202.

est tenue solidairement envers lui de tous les effets du mandat, tandis qu'entre plusieurs mandataires établis par le même acte, il n'y a de solidarité qu'autant qu'elle est exprimée (art. 2002 et 1995).

Le gérant d'affaires qui se serait occupé d'une affaire commune à plusieurs intéressés n'aurait certainement pas contre chacun une action solidaire : en effet, d'abord la loi n'en parle pas, et la solidarité est de droit strict, et on comprend qu'elle n'ait pas assimilé le gérant d'affaires qui agit de sa propre autorité, au mandataire qui n'a agi que sur l'ordre de ses mandants.

Les comandants seraient-ils encore responsables solidairement si le mandat était salarié ? Oui ; l'art. 1202 ne distingue pas, et le salaire ne fait pas perdre au mandat ses caractères généraux. (Art. 1986, 1992. — Rodière, n° 216. — Troplong, art. 2002, n° 688.) Par application de l'art. 2002, il faut décider avec de nombreux arrêts, que les notaires (Cass., 20 mai 1829, 10 nov. 1828 ; Toulouse, 20 avril 1847 ; trib. d'Uzès 17 janv. 1867, D, 67, 3, 64), avoués (Bordeaux, 28 nov. 1840 ; Nîmes, 30 avril 1850), liquidateurs d'une société (Cass., 17 juin 1823), les experts, au moins ceux qui sont nommés volontairement par les parties (Montpellier, 30 janv. 1840 ; Grenoble, 13 déc. 1848), arbitres volontaires (Cass., 17 nov. 1830), et huissiers, ont, pour le remboursement de leurs honoraires et déboursés, action solidaire contre les personnes qui ont requis d'eux conjointement, dans un intérêt commun des actes de leur ministère.

Mais la solidarité n'existerait pas, suivant nous, au profit des syndics d'une faillite contre les créanciers individuellement, pour le remboursement de leurs avances, car ils sont nommés par la masse et non point par chacun. (Art. 533 C. com. — Bordeaux, 24 avril 1838 ; Cass.,

23 mai 1837; Paris, 24 décembre 1841. — Pont, *Mandat*, n° 1127; Dutruc, *Dictionnaire du contentieux commercial*, n° 1128; Rodière, n° 308; Larombière, art. 1202, n° 14.)

Encore moins faudrait-il admettre l'action solidaire au profit des créanciers, ou d'un tiers qui leur aurait remis une somme non due à la faillite. (*Contra*, Limoges, 2 septembre 1842), contre les syndics; cela nous paraîtrait la violation même de l'art. 1995. (*Sic*, Lyon 30 août 1836; Duranton, t. XI, n° 207; Massé, *Dr. commercial*, t. III, n° 2003. — *Cont.* Cass. : 26 juillet 1836, Paris, 30 décembre 1837; Boulay-Paty, *Des Faillites*, n° 528; Renouard, *id.*, t. I, p. 442.)

De même, nous n'accorderions pas l'action solidaire en remboursement de leurs honoraires et déboursés à des experts nommés d'office contre celles des parties qui n'ont ni requis, ni poursuivi l'expertise, ni acquiescé au jugement qui l'a ordonnée. (*A contrario* de l'art. 319, C. proc.; Cass., 11 août 1856; Bordeaux, 18 mars 1864. — Pigeau *C. com.*, t. I, p. 574; Carré, q. 1207; Vasserot, *Experts*, n° 80. — *Contra*, Demolombe, t. III, n° 264; Larombière, *loc. cit.*)

En matière commerciale, il y a solidarité : d'après l'art. 22 (C. com.) entre les associés en nom collectif indiqués dans l'acte de société pour tous les engagements de la société encore qu'un seul des associés ait signé, pourvu que ce soit sous la raison sociale.

Aux termes de l'art. 28, entre l'associé commanditaire qui, contrairement aux prescriptions de l'art. 27, s'est immiscé à la gestion, et les associés en nom collectif, pour toutes les dettes et engagements de la société.

Et enfin entre tous ceux qui ont signé, accepté ou en-

dossé une lettre de change ou un billet à ordre, vis-à-vis du porteur. (Art. 140 et 187 C.com.)

En matière criminelle : tous les individus condamnés pour un même crime ou un même délit seront tenus solidairement des amendes, des restitutions, des dommages-intérêts et des frais (art. 55, C. pén.), et l'art. 156 du décret du 18 juin 1811 prononce aussi la solidarité, mais quant aux dépens seulement, entre tous les auteurs ou complices d'un même fait.

De ces deux dispositions pénales, il résulte : 1° qu'il n'y a solidarité ni pour les dommages-intérêts et amendes en matière de contravention, *ni pour les dépens en matière civile*, lors même que la condamnation serait prononcée solidairement au principal. (Cass., 18 décembre 1878, D. 79, 1, 245 ; 28 février 1848 ; 19 avril 1841 ; Demolombe, n° 271 ; Larombière, n° 23). 2° Qu'elle existe au contraire dans tous les cas, pour les dommages-intérêts, restitutions et dépens dus à raison d'un crime ou d'un délit, qu'ils soient alloués par les tribunaux (art. 1, 2, 3 Inst. crim. — Cass. : 15 juin 1844, 15 janvier 1878), que les accusés ou prévenus aient été condamnés à des peines différentes, et même que l'un ait été acquitté (Demol., n° 267, — Larombière, n° 20), ou que les juges aient, comme ils peuvent le faire, inégalement réparti le montant des condamnations, (Cass., 2 juin 1843 ; — Rodière, n° 315 ; — Demolombe, n° 268.)

Enfin, en matière fiscale, une disposition particulière, l'art. 32 de la loi du 22 frimaire an VII, déclare les co-héritiers, par exclusion des donataires et légataires d'une succession (1), tenus solidairement des droits de mutation par décès.

(1) V. en ce sens, trib. de la Seine, 23 nov. 1861, D., 62, 3, 40 ; trib. de Lyon, 20 fév. 1866, D. 68, 5, 180 ; trib. du Havre, 29

Tels sont les seuls cas dans lesquels les textes prononcent expressément la solidarité, en dehors de la volonté des parties. Y a-t-il une distinction à établir entre eux, et faut-il admettre que les effets de l'obligation solidaire qui vont être développés dans les chapitres suivants, ne se produisent, comme le soutiennent la plupart des auteurs, que dans certaines hypothèses seules régies par l'art. 1202, alors que dans d'autres, où la solidarité serait pour ainsi dire moins parfaite, ils seraient tout différents ? Ce n'est pas notre avis : notre thèse est qu'à part les cas où la loi elle-même change formellement les effets de la solidarité (art. 67 et 69 C. proc., 167, 169. C. com., 1734. C. civ.), ils sont identiques dans toutes les sources qu'il reconnaît, et conséquemment qu'il n'y a nulle distinction à faire entre elles. Que si l'on se place en dehors de ces sources, nous soutenons qu'il ne peut y avoir d'obligation qui pèse, à raison d'un même fait, en totalité sur plusieurs débiteurs. Ce sont là deux points que nous essayerons de démontrer dans notre deuxième partie.

CHAPITRE III

EFFETS DE LA SOLIDARITÉ ENTRE LE CRÉANCIER ET LES DÉBITEURS

1. — Extension de la dette par suite de la solidarité

Le créancier peut choisir un quelconque des débiteurs solidaires et lui demander le total de la dette comme

août 1872, P. 73, 478. — *Contra*: trib. de Bordeaux, 10 fév. 1857; G. Demante, *Princ. d'enregistrem.*, n° 661.

s'il était seul (art. 1200). Tel est l'effet essentiel de la solidarité, les autres n'en sont que les conséquences, soit directes, soit indirectes.

Voici les conséquences directes du principe :

1° Le débiteur poursuivi ne peut opposer au créancier ni le bénéfice de division, ni le bénéfice de discussion (art. 1203). On a vu qu'en droit romain, la question ne s'était jamais posée qu'à l'égard des débiteurs *in solidum*, et qu'elle avait été résolue dans le sens du refus de ces bénéfices (L. 47, *Locat. conduct.*)

Dans l'ancien droit, au contraire, certains jurisconsultes, interprétant mal la novelle 99 (V. *Dr. rom.*, p. I, ch. III, sect. II) y avaient vu l'introduction d'un véritable bénéfice de discussion, et accessoirement d'un bénéfice de division, au profit de tous les débiteurs solidaires, à l'exception de ceux qui étaient tenus à réparation à raison d'un crime : « Quoiqu'il ait été convenu, dit Domat, que l'obligation sera solidaire, elle se divise, et le créancier ne peut s'adresser à un seul pour le tout. Mais avant que de demander aux uns les portions des autres, il doit les discuter chacun pour le sien. » (*Lois civiles*, liv. III, tit. III). — C'était là une solution directement contraire au but et à la nature de la solidarité : aussi la clause de cette renonciation au bénéfice de division était-elle de style dans tous les contrats accompagnés de solidarité, et Loysel pensait déjà, que même sans cette clause, le bénéfice de division ne devait pas être accordé : « Quand deux s'obligent ensemblement l'un pour l'autre, dit-il, ou un chacun d'eux pour le tout, ils recourent au bénéfice de discussion et de division. » (*Inst., cout.*, III, I, n° 12.) Quant à Pothier, il adoptait l'opinion de Loysel, et refusait l'un et l'autre bénéfice aux débiteurs solidaires, donnant son véritable sens à la novelle 99 en en restreignant

l'application au cas où la solidarité était accompagnée de fidéjussion réciproque (*Oblig.*, n° 270) : c'est la décision que les rédacteurs du Code ont justement reproduite dans l'art. 1203.

Mais si le débiteur poursuivi ne peut obliger le créancier, ni à diviser son action, ni à discuter ses codébiteurs, peut-il au moins appeler ceux-ci en garantie, afin de faire rendre contradictoirement avec eux un jugement commun, et au cas de condamnation, d'exercer lui-même contre eux son recours pour leurs parts contributives dans la dette ? Dumoulin et Pothier (*Oblig.*, n° 330, et *Divid et Individ.*, Pars III, n° 107) enseignaient la négative, mais le dernier de ces jurisconsultes convenait en même temps que « par une grâce qui s'accordait toujours, on permettait aux débiteurs de demander un délai pour mettre leurs codébiteurs en cause ». La négative serait, en effet, plus conforme aux vrais principes de la solidarité ; mais en présence du préjudice insignifiant qu'un léger délai cause au créancier et des grands avantages qu'il peut procurer au débiteur, en présence aussi de l'article 175 C. proc. qui donne l'exception dilatoire à quiconque prétend avoir le droit d'appeler en garantie, et à un certain point de vue (art. 1213) les codébiteurs solidaires sont bien garants les uns des autres, et de l'article 1225, qui accorde ce droit aux débiteurs d'une chose indivisible, les auteurs le reconnaissent généralement par analogie aux débiteurs solidaires. (Larombière, art. 1203, 4 ; C. de Santerre n° 136 *bis*, 2 ; Rodière, n° 132 ; Demolombe n° 316.)

Cependant en matière commerciale, il faut faire deux remarques : la première, c'est que s'il n'existe au profit des débiteurs solidaires, en aucun cas, un véritable bénéfice de discussion, les articles 61 et 69 du Code de

procédure introduisent pour l'hypothèse spéciale d'associés tenus solidairement quelque chose qui y ressemble par certains points : le paiement des dettes sociales ne peut en effet, tant que la société existe, être demandé aux associés solidaires individuellement qu'après que le créancier s'est adressé vainement à la société, et même, d'après MM. Rodière (n° 257) et Molinier (*Traité du cont. de commission*, t. II, n° 249), qu'après qu'il a obtenu contre elle un jugement de condamnation, (la constatation du refus de payer par protêt ou acte équivalent ne suffirait pas). — La seconde, c'est que les signataires d'une lettre de change ou d'un billet à ordre ne peuvent, à la différence de ce que nous venons de décider pour les débiteurs solidaires en général, opposer au créancier l'exception de garantie, car le porteur d'un effet non payé à l'échéance doit s'attendre à un remboursement immédiat de la part de celui qui le lui a transmis. (Rodière : *C. de pr.*, t. II, p. 285.)

Lorsque l'un des débiteurs meurt, la dette solidaire, comme toute autre dette, se divise entre ses héritiers, et le principe de la solidarité reçoit échec (art. 1219). Cependant elle aura encore pour effet d'obliger chacun des héritiers à payer plus que la part définitivement à sa charge : soient deux débiteurs solidaires de 10,000 fr. également intéressés dans la dette : l'un meurt laissant deux héritiers ; le créancier pourra demander à chacun 5,000 fr., et s'ils les payent, comme il ne doit rester en définitive à leur charge que 2,500 fr., ils recourront tous deux pour les 2,500 fr. d'excédant contre le codébiteur du défunt dont ils ont éteint l'obligation.

2° La poursuite exercée contre un des débiteurs n'empêche pas le créancier d'actionner les autres pour tout ce qu'il n'a pas obtenu (art. 1204). Il peut donc les pour-

suivre, soit ensemble, soit chacun successivement pour le tout, soit chacun pour une partie seulement en renonçant à l'avantage de la solidarité.

Si le Code a, dans l'article 1204, mentionné cet effet évident, c'est que, comme on l'a vu, en droit romain, la *litis contestatio* avec un des *rei debendi* libérait tous les autres. La loi 28 C. *De fidejussoribus*, avait supprimé ce résultat injuste et contraire à la garantie solidaire, et avait à ce point de vue fait une obligation *in solidum* de l'obligation corréale : tout notre ancien droit avait été régi par cette Constitution. Cujas, Donneau et Pothier la citaient, le Code a suivi leur exemple. En matière civile, cette règle, que le créancier peut agir contre les codébiteurs de celui qu'il a poursuivi pour tout ce qu'il n'a pas obtenu, sera, en général, d'une application très facile ; ceux qui seront solvables répondront de l'insolvabilité des autres. Mais, en matière commerciale, lorsque tous les coobligés ou quelques-uns d'entre eux se trouvent en état de faillite, ou même en matière civile, lorsque tous les codébiteurs sont insolvable, la combinaison de ces situations avec l'article 1204 amène des solutions particulières. Examinons les différentes hypothèses qui peuvent se présenter.

I. — En matière commerciale.

1° *Un seul des coobligés solidaires tombe en faillite, les autres restent solvables jusqu'à l'échéance.* — Dans ce cas, pas de difficultés, le failli perdant seul le bénéfice du terme (art. 1188) (1), le créancier produira à la masse pour la totalité de la créance, il touchera un dividende, et à l'échéance il se fera payer par les codébi-

(1) Sauf la garantie exigée des autres obligés dans l'hypothèse prévue par l'art. 444, § 2 (C. com.).

teurs solvables le surplus. Si le dividende payé par la masse dépasse sa part contributoire dans la dette, le failli, s'il a obtenu un concordat, ou bien l'acquéreur de cette créance, si les créanciers se sont mis en état d'union, recourra pour l'excédant contre les codébiteurs.

Le créancier peut, avant la faillite, avoir reçu un acompte : s'il l'a reçu du failli lui-même, il produit à la faillite pour ce qui reste dû seulement, sauf bien entendu, son action contre les coobligés solvables, s'il n'est pas entièrement désintéressé : si au contraire il l'a reçu d'un autre des débiteurs, « il ne sera », de même, (porte l'art. 544 C. com.), « compris dans la masse que sous la déduction de cet acompte, et conservera pour ce qui lui restera dû ses droits contre le coobligé ou la caution. » Mais alors « le coobligé ou la caution qui aura fait le paiement partiel sera compris dans la même masse pour tout ce qu'il aura payé à la décharge du failli. »

Cette dernière disposition, dont le résultat paraît être de faire concourir sur la même masse de biens le créancier incomplètement désintéressé et un de ses débiteurs n'est pour nous en rien contraire à l'article 1252, qui interdit la subrogation lorsqu'elle peut nuire au créancier payé seulement en partie. Ce n'est pas, comme le dit fort ingénieusement M. Rataud à son cours, parce que le coobligé viendra à la faillite en qualité de gérant d'affaires ou de mandataire du failli; ce qui arriverait exactement au même résultat que s'il était subrogé, c'est-à-dire à un paiement au préjudice du créancier; mais bien parce que de l'article 544 aussi bien que de l'article 1252 il résulte qu'un paiement ne pourra jamais avoir lieu dans ces conditions.

En effet, dans sa première partie, l'article 544 conserve au créancier « ses droits pour ce qui lui reste dû contre

le coobligé ou la caution, » et l'article 1252 *in fine*, lui permet « d'exercer ses droits pour ce qui lui reste dû par préférence à celui dont il n'a reçu qu'un paiement partiel. » A moins donc de supposer entre les deux paragraphes de l'art. 544 une véritable antinomie, il faut dire qu'à la vérité le coobligé ou la caution peut bien figurer à la masse pour tout ce qu'il a payé à la décharge du failli, ainsi que voter comme bon lui semble dans toutes les assemblées de créanciers, mais que ce droit n'atténue en rien son obligation personnelle vis-à-vis du créancier commun, et que celui-ci peut par conséquent réclamer en sous-ordre jusqu'à extinction de sa créance tous les dividendes qui pourraient revenir au coobligé ou à la caution. Or c'est précisément la solution qu'indique le passage de l'art. 1252 que nous citons plus haut. (Cass., 5 déc. 1866.)

Si l'acompte avait été reçu par le créancier, non pas avant, mais *depuis* la faillite, de nombreuses décisions judiciaires refusent de lui appliquer l'art. 544 et l'admettent avec raison à la distribution pour la valeur nominale de son titre. (Cass., 23 nov. 1852; Rouen, 27 avril 1861; Paris, 18 janv. 1862. — Bravard Veyrières, *Man. de dr. comm.*, p. 665; Laroque Sayssinel, t. II, n° 440.)

2° *Tous les coobligés ou quelques-uns d'entre eux sont également en faillite.*

Nous supposerons d'abord que leurs faillites sont *simultanées*, c'est-à-dire que, sans être exactement déclarées le même jour, elles se trouvent en même temps en état de liquidation.

Le créancier pourra certainement produire à toutes les masses (1), mais pour combien? — Un premier système

(1) Je ne m'arrête pas, en effet, au système de Savary, le rédac-

enseigné dans l'ancien droit par Boutariv et Jouce, et adopté par Pothier (*Cont. de change*, n° 160), appliquant strictement la règle que le créancier ne pouvait agir contre les codébiteurs que pour ce qu'il n'avait pas obtenu de celui qu'il avait poursuivi, ne lui permettait de produire dans les faillites successivement, que sous la déduction des sommes reçues dans celles où il s'était déjà présenté. C'est ce qu'avaient décidé un arrêt du parlement de Paris de 1706 et un arrêt du parlement d'Aix de 1776. — Soit Pierre, Paul et Jacques, tous trois commerçants en faillite et débiteurs solidaires par égales parts d'une somme de 12,000 fr. D'après la doctrine exposée, le créancier qui, a obtenu de la faillite de Pierre, donnant 50 pour 100, 6,000 fr., ne pourra plus produire dans celle de Paul que pour 6,000 fr. ; si celle-ci donne à son tour 50 pour 100, il aura 3,000 fr. ; il ne pourra donc plus produire dans la faillite de Jacques que pour les 3,000 fr. restants, qui, en supposant aussi un dividende de 50 pour 100, ne lui donneront que 1,500 fr. Le créancier aura donc reçu en définitive 6,000 + 3,000 + 1,500 fr. dans les trois faillites, ou 10,500 fr. Il ne sera donc jamais complètement payé, c'est fatal, et c'est là le vice du système, logique en soi.

Aussi le Code de 1808, et encore plus explicitement la loi de 1838 sur les faillites (art. nouv. 542-645), s'inspirant de deux arrêts du Conseil du 24 février 1778 et du 23 octobre 1781 (Émérigon, *Traité des cont. à*

teur principal de l'ordonnance de 1673 (Parères 13 et 48), qui ne permettait au créancier que de choisir entre toutes les faillites par ce motif que le paiement éteignait toute la dette solidaire, et le créancier ayant été payé, en monnaie de faillite il est vrai, les autres se trouvaient libérés. Cette doctrine, qui rappelait la règle admise pour la corréalité romaine, supprimait la garantie solidaire.

la grosse : ch. x, sect. VII), ont-ils décidé que le créancier pourrait produire à la fois, dans toutes les faillites, pour la totalité de la créance. Ainsi, dans l'espèce ci-dessus, le créancier, même après avoir reçu 6,000 fr. dans la faillite de Pierre donnant 50 pour 100, n'en pourra pas moins produire à celles de Paul et de Jacques pour 12,000 fr., et non pas seulement pour les 6,000 qui lui restent dus. — Ce système, écrit dans l'article 542 ainsi conçu : « Le créancier porteur d'engagements souscrits, endossés ou garantis solidairement par le failli et d'autres coobligés qui sont en faillite, participera aux distributions dans toutes les masses, et y figurera pour la valeur nominale de son titre jusqu'à parfait paiement », pourrait avoir pour effet d'attribuer au créancier plus qu'il ne lui est dû. Supposons, en effet, que la faillite de Pierre donne 50, celle de Paul 25, et celle de Jacques 50 pour 100, le créancier obtiendra en définitive $6,000 + 3,000 + 6,000$ fr., soit 15,000 fr., tandis que sa créance n'est que de 12,000 ; et c'est cet inconvénient possible qui avait surtout préoccupé les auteurs ; mais le Code, en prescrivant au syndic de chaque faillite (art. 569 C. com.) d'inscrire sur le titre du créancier ce qui lui a été payé, l'a fait disparaître. Lorsqu'en effet celui-ci se présentera à la faillite de Jacques, le syndic verra parfaitement qu'il a déjà reçu 9,000 fr. et il ne lui donnera que ce qui lui reste dû jusqu'à parfait paiement, ou 3,000 fr., au lieu de 6,000, et 3,000 fr. demeureront libres.

Mais nous avons supposé que les différents faillis étaient également intéressés dans la dette, et la faillite de Pierre, qui a donné 6,000 fr. au créancier, a payé plus que sa part (4,000 fr.) : pourra-t-elle exercer un recours pour les 2,000 fr. d'excédant (1) ? Tant que le créancier

(1) Il ne peut, en effet, être question de recours à l'égard des

n'est pas entièrement payé, le recours est impossible : « Aucun recours », dispose l'article 543 C. com., « pour raison des dividendes payés n'est ouvert aux faillites des coobligés les unes contre les autres, » et le motif en est bien simple, c'est que si l'on permettait à la fois au créancier de produire pour 12,000 fr. dans les faillites de Paul et de Jacques, et à Pierre pour 1,000, il y aurait pour une dette réelle de 12,000 fr., 13,000 qui se trouveraient inscrits dans chacune des deux masses, au grand préjudice des autres créanciers.

Mais le recours existe au contraire, ajoute l'art. 543, « si la réunion des dividendes que donnent les faillites excèdent le montant total de la créance en principal et accessoires, auquel cas cet excédent sera dévolu, suivant l'ordre des engagements, à ceux des coobligés qui auraient les autres pour garants. » Appliquons ce texte à l'espèce que nous avons faite : il reste 3,000 fr. disponibles dans la faillite de Jacques, une fois la créance payée ; comment les répartir ? Il y a une des faillites, celle de Paul, qui a donné moins que ce qu'elle devait supporter, 3,000 fr. au lieu de 4,000 fr.

Cette insolvabilité partielle doit être supportée également par les deux autres (art. 1214) : elles doivent donc perdre chacune 500 fr. ; la faillite de Pierre qui a payé 2,000 fr. de plus que sa part obtiendra 1,500 fr. sur les 3,000 disponibles dans celle de Jacques, et les autres 1,500 fr. resteront à cette dernière. Comme on le voit, en définitive, la faillite de Pierre aura payé 4,500 fr., celle de Paul 3,000 et celle de Jacques 4,500 (3,000 au créancier et 1,500 à Pierre), juste 12,000 fr., le montant de la créance).

faillites de Paul et de Jacques, puisqu'elles n'ont pas même payé leur part.

Notons, en terminant, que si Jacques, au lieu d'être coobligé solidaire sur le même pied avec Pierre, lui devait garantie, par exemple, comme souscription d'un billet à ordre ou tireur d'une lettre de change que Paul aurait accepté et celui-ci endossé, les 3.000 fr. disponibles dans sa faillite sur la créance ne se partageraient plus entre la faillite de Pierre et la sienne, mais seraient attribués exclusivement à la masse du premier. C'est ce qui résulte de ces mots de l'art. 543. « Cet excédant sera dévolu suivant l'ordre des engagements à ceux des coobligés qui auraient les autres pour garants. »

Les dispositions que nous venons d'énumérer, et qui sont contenues dans les art. 542 et suivants du Code de commerce, dérogent-elles en rien au principe posé dans l'art. 1204 du Code civil? En aucune façon : elles en sont une application directe. En matière civile, en effet, quel est le droit du créancier? D'actionner, s'il le veut, pour la totalité de la créance tous les débiteurs à la fois. Or c'est proprement ce que lui permet en matière commerciale l'article 542 : dans le domaine du droit civil, il est vrai, il ne peut obtenir d'un autre débiteur que ce qu'il n'a pas obtenu du premier, il en est identiquement de même en matière de faillite, grâce à la précaution de l'art. 569. Si la loi dit impérativement « qu'il figurera dans toutes les masses pour la valeur nominale de son titre » c'est parce que toutes les faillites étant en liquidation, il y a une certitude presque absolue qu'il ne pourrait sans cela obtenir un paiement intégral.

Supposons maintenant que les *faillites des coobligés sont successives*, c'est-à-dire que la première déclarée a été entièrement liquidée quand s'ouvre la seconde.

Dans ce cas, il ne faut plus, je crois, appliquer les articles 542 et 543, mais bien l'article 544, c'est-à-dire

que le créancier qui aura reçu de la faillite liquidée la première un dividende quelconque, sera traité comme s'il avait reçu un acompte, et qu'il ne pourra plus produire dans la faillite suivante que pour l'excédant.

Cette opinion est vivement combattue par d'éminents auteurs, et notamment par MM. Duranton, t. XI, n° 229, et Larombière, art. 1204, n° 5, mais elle me semble seule fondée pour trois raisons : 1° parce que Savary (*Parere XIII*) et Pothier (*Cont. de change*, n° 160) ne prévoyaient précisément que des faillites simultanées ; 2° parce qu'il résulte des termes mêmes de la loi que c'est la seule hypothèse traitée : dans l'art. 542 d'abord où on lit : « Le créancier porteur d'engagements souscrits solidairement par le failli et d'autres coobligés *qui sont en faillite*, participera aux distributions *dans toutes les masses*, » puis dans l'art. 543 : « Aucun recours pour raison des dividendes payés n'est ouvert *aux faillites des coobligés les unes contre les autres*, » et enfin dans l'art. 544 : « Si le créancier, dit cet article, a reçu avant la faillite un acompte sur la créance, il ne sera compris dans la masse que sous la déduction de cet acompte. » Or, je le demande, le créancier qui dans une faillite parfaitement clôturée a reçu un dividende, ne doit-il pas être considéré comme ayant reçu un véritable à-compte, quand les autres coobligés sont encore très solvables ; sa créance n'est-elle pas véritablement éteinte jusqu'à due concurrence ? On ne le laisserait certainement pas agir pour la totalité contre les codébiteurs du failli s'ils restaient solvables, comment donc leur faillite survenue pourrait-elle, par une sorte de *jus postliminii*, faire revivre la partie de la créance qui a été définitivement éteinte par le paiement ? 3° enfin, parce que les motifs qui ont fait édicter les articles 542

et 543 n'existent plus au cas de faillites survenues successivement. Quelle est en effet la raison de leurs dispositions ? La certitude où l'on est de l'insolvabilité des codébiteurs, certitude qui fait qu'on lui permet de produire effectivement dans toutes les masses pour le total de la créance ; on ne sait pas quelle faillite sera liquidée la première et quel dividende elle donnera. Au contraire, quand une seule faillite se déclare, qu'elle est clôturée après avoir donné un dividende, puis qu'une autre survient, le troisième codébiteur, s'il y en a un, restant solvable, le créancier a de grandes chances d'être payé par lui, même en ne produisant que pour le surplus du dividende reçu, dans la deuxième faillite ouverte. Si la faillite du troisième codébiteur arrive, le créancier pourra, il est vrai, ne pas être entièrement payé, mais c'est là un résultat qui peut se produire pour toute créance non accompagnée d'une sûreté réelle.

On objecte à cette solution l'article 545 (C. com.) portant que « nonobstant le concordat, les créanciers conservent leur action pour la totalité de leur créance contre les coobligés du failli ». Mais cet article veut-il dire qu'après avoir reçu 6,000 fr. par suite du concordat, dans la faillite de Pierre, le créancier pourra en demander 12,000 à Paul ou à Jacques, ce qui lui ferait 18,000 fr. ? Non évidemment ; cette disposition signifie seulement que le concordat, à la différence de la remise de la dette, ne peut pas être invoqué par les coobligés de celui à qui il a été consenti, et que le créancier peut leur demander tout ce qui lui reste dû.

II. — Plaçons-nous maintenant en matière civile et supposons l'insolvabilité reconnue et constatée de tous les débiteurs, en un mot leur déconfiture.

Dans ce cas la logique nous force à admettre absolument le même système que lorsque les codébiteurs sont simultanément en faillite. Il y a en effet insolvabilité patente de tous les codébiteurs au même moment (c'est l'hypothèse) (1) et certitude absolue par conséquent que le créancier ne sera pas payé s'il ne produit pas dans tous les patrimoines pour la valeur nominale de son titre.

Si on m'oppose que le Code civil étant le droit commun et la législation commerciale l'exception, c'est le premier qu'il faut appliquer quand la seconde ne se prononce pas expressément, l'objection tombe devant cette raison que l'état de déconfiture étant infiniment rare, faute en général de pouvoir le constater, il est en dehors du droit commun et des prévisions du Code civil. (2) (Tarrille : Exposé des motifs de l'art. 534, nouv. art. 542 C. com. ; Locré, XIX p. 593 ; Larombière, art. 1204, n^{os} 5 et 6).

3^o Les poursuites faites contre l'un des débiteurs solidaires interrompent la prescription à l'égard de tous (art. 1206). Est-il nécessaire d'expliquer cette disposition par l'idée d'un mandat que se seraient donné les codébiteurs *ad minuendam et perpetuandam non, ad augendam obligationem* ? Non à notre avis, elle nous paraît être la simple conséquence de ces deux principes que la solidarité est un avantage et une garantie pour le créancier. Dès que l'interruption a lieu contre l'un d'eux pour la totalité de la dette, elle a naturellement un effet plus complet que si le débiteur poursuivi était unique, et elle réfléchit contre les autres, vis-à-vis desquels

(1) C'est-à-dire que leurs biens sont en distribution par contribution.

(2) On transporte d'ailleurs, fort souvent, des solutions du Code de commerce en droit civil, notamment en matière d'ordre (art. 532 et 536 C. com.)

l'obligation ne peut conserver un caractère différent. C'était déjà ce qu'avait décidé fort justement Justinien dans la loi 5, *C. De duob. reis*, relativement aux *correi promittendi*, et la règle suivie dans l'ancien droit (Pothier, n° 279).

La reconnaissance de la dette, faite par l'un des débiteurs aurait le même effet à l'égard des autres (art. 2249), mais en tant qu'elle ne suppose pas une renonciation à une prescription déjà acquise. Il ne peut, en effet, appartenir à un des codébiteurs de sacrifier le droit des autres en faisant revivre une dette entièrement éteinte (Arg. de l'art. 2225 ; — Larombière, art. 1208, n° 28 ; — Demol. n° 357 ; — Limoges, 19 décembre 1842).

L'interpellation faite à l'un des héritiers d'un débiteur solidaire ou sa reconnaissance n'interrompt pas la prescription contre ses cohéritiers, quand même la créance serait hypothécaire. C'est là, on l'a vu, une différence avec le cas où la dette est indivisible. Et elle ne l'interrompt contre les codébiteurs du *de cujus* que jusqu'à concurrence de la portion dont cet héritier est tenu (art. 2249, § 2 et 3).

Faut-il assimiler la suspension de prescription à son interruption et dire que si le créancier a conservé son droit contre un des débiteurs solidaires parce qu'il était dans l'impossibilité d'agir vis-à-vis de lui, soit comme étant son conjoint, soit parce que son engagement était à terme ou sous condition (art. 2253 et 2257), cette circonstance aura pour effet de priver les autres codébiteurs d'une prescription qui, sans cela, leur serait acquise, et de maintenir leur obligation ?

Trois opinions sont en présence sur cette délicate question : la première soutient que lorsque la prescription s'est accomplie au profit d'un des débiteurs solidaires, elle forme un moyen commun qui peut être invoqué

par tous les autres, même par celui au profit duquel la prescription n'aurait pas pu s'accomplir. Ce système, quoique logique, doit évidemment être écarté *a priori*, car s'il considère un des côtés de la question, l'extinction de la créance par la prescription à l'égard de certains obligés, il supprime absolument les textes de la loi qui la maintiennent par une cause de suspension à l'égard d'un ou de plusieurs autres.

La deuxième opinion, en sens absolument contraire, c'est celle de M. Demolombe (n° 412), décide que la prescription suspendue contre l'un des débiteurs l'est par cela même contre tous, et qu'ils se trouveront ensemble encore tenus de la dette entière par suite de la situation spéciale de leur codébiteur, même après que le temps de la prescription sera écoulé à leur égard. Je repousse ce système aussi bien que le précédent pour deux raisons : d'abord parce qu'il considère uniquement l'effet de la suspension, qui est, il est vrai, de perpétuer la dette à l'égard de certains obligés, et point du tout l'effet de la prescription, qui est au contraire de l'éteindre à l'égard de ceux qui l'ont acquise ; en second lieu parce qu'il assimile la suspension, fondée sur une cause toute personnelle à l'un des obligés, l'impossibilité d'agir contre lui, à l'interruption que marque précisément la volonté d'agir énergiquement pour le remboursement, et produit pour cette raison effet contre tous.

Enfin dans une troisième opinion, que j'adopte sans hésiter, car elle me paraît seule conforme aux textes de la loi et aux principes de la prescription dans notre droit, la dette se trouve bien conservée à l'égard de ceux contre lesquels le Code suspend la prescription, mais à l'égard des autres elle se trouve irrévocablement éteinte. Supposons, en effet, trois débiteurs solidaires, deux seule-

ment se trouvent dans les conditions requises pour prescrire la dette, à l'égard du troisième au contraire la prescription a été suspendue, soit parce qu'il était l'époux ou l'épouse du créancier, soit parce que son obligation était à terme ou sous condition (art. 2253 et 2267). Quelles sont les solutions de la loi? La prescription court au profit de toutes personnes, sauf celles dont la loi maintient expressément l'obligation. Donc ceux qui remplissent les conditions requises pour prescrire doivent être libérés, celui dont l'obligation est maintenue par une cause de suspension doit rester tenu. Le caractère d'unité de la dette solidaire fait-il en rien obstacle à cette solution? Oui, peut-être, si la dette restait une, mais la loi elle-même en prononce la division quand elle maintient l'obligation d'un débiteur alors que les autres sont libérés.

Est-ce à dire que le débiteur contre lequel la prescription aura été suspendue répondra encore de toute la dette? Non évidemment, car de deux choses l'une : ou bien il recourrait contre ses codébiteurs pour leur part, ou bien ce droit lui serait refusé. Dans le premier cas, la prescription ne leur servirait de rien, car peu leur importe de payer directement au créancier, ou indirectement à leur codébiteur, dès qu'ils payent; dans le second, la suspension aurait eu pour effet d'aggraver de la façon la plus inique la position de ce dernier.

Il faut donc dire que le débiteur en faveur de qui la prescription n'a pu courir sera bien tenu, mais seulement de sa part dans la dette. Le créancier sera lésé, mais il n'a qu'à s'imputer de n'avoir pas interrompu la prescription contre les autres, et de ne leur avoir pas demandé la dette entière : son inaction contre eux peut être interprétée non seulement dans le sens d'un paiement

qui lui aurait été fait, mais encore et avec beaucoup plus de vraisemblance, dans le sens d'une remise qu'il aurait consentie; et l'art. 1285, 2^e alinéa, décide que les autres codébiteurs ne peuvent être poursuivis que déduction faite de la part de celui à qui la remise a été faite. Qu'y a-t-il d'étonnant d'ailleurs à ce que, dans ce cas, comme dans celui d'une confusion par exemple, la dette solidaire disparaisse pour faire place à la réalité, et que chacun des débiteurs, au lieu d'être tenu de la totalité de l'obligation, n'en soit plus tenu, par suite d'un événement accidentel, que déduction faite des parties qui ont été éteintes. (C. de Santerre, 142 *bis* V. — Laromb., art. 1206. — *Cont.* Rodière, n^o 102, — Demolombe, *loc. cit.*)

Dans un cas cependant, la prescription se trouverait suspendue à l'égard de tous les codébiteurs, et ce serait le second système qu'il faudrait appliquer. C'est lorsqu'une femme mariée est créancière, et compte son mari au nombre des personnes obligées solidairement envers elle : car l'action qu'elle intenterait contre les codébiteurs de son mari devant réfléchir contre celui-ci, elle se trouve dans l'impossibilité d'agir contre eux comme contre lui. (art. 2256).

4^e *La demande d'intérêts formée contre un des débiteurs solidaires fait courir les intérêts à l'égard de tous.* (art. 1207). — Beaucoup d'auteurs partis, à l'exemple de nos anciens jurisconsultes (Dumoulin, *Divid. et Individ.* Pars III, n^o 126; Pothier, n^o 273), du principe que l'obligation solidaire reposait sur un mandat réciproque que se seraient donné les codébiteurs à l'effet « de diminuer et de perpétuer l'obligation, mais non de l'augmenter », et embarrassés, par l'art. 1207, y ont vu une disposition exceptionnelle en deux sens, d'abord

en ce qu'il augmentait l'étendue de l'obligation, ensuite en ce qu'il était directement contraire à l'art. 1205, en vertu duquel les dommages-intérêts ne sont dus que par le débiteur en faute. Les uns, MM. Aubry et Rau, disent que « cette disposition est assez difficile à justifier », et ils l'expliquent « par une assimilation que le législateur aurait faite à tort entre les effets de l'interruption et ceux de la mise en demeure » (§ 298 *ter* : note 34); les autres, MM. C. de Santerre (n° 141 *bis*), Demolombe (n° 349) et Larombière (art. 1207, n° 1), pensent qu'elle a été introduite à la fois à raison du caractère spécial qu'ont chez nous les intérêts moratoires, tarifés d'avance, sorte de clause pénale à laquelle se seraient virtuellement soumis les débiteurs en vertu de la convention, et aussi dans le but d'éviter la multiplication des demandes individuelles, et par conséquent des frais.

Pour nous, nous croyons qu'il n'est aucunement nécessaire de recourir à l'une ou à l'autre de ces explications pour rendre compte de l'art. 1207, e loin d'y voir une disposition exceptionnelle, nous y trouvons une des plus remarquables applications du véritable caractère de l'obligation solidaire. 1° Il est juridique et rationnel : en effet, la totalité de la dette porte sur chacun des débiteurs : tous se trouvent en retard de payer : le créancier demande le payement à l'un deux et fait ainsi courir les intérêts de toute la dette : celle-ci, devenue dette productive d'intérêts, prend naturellement ce même caractère à l'égard de tous les codébiteurs qui sont tous également en faute. 2° Il est comme le corollaire de l'art. 1205, au lieu d'être en contradiction avec lui : en effet, quelle est, comme je vais essayer de le démontrer tout à l'heure, l'idée de ce dernier article ? que la faute d'un débiteur doit lui rester personnelle, pourvu qu'elle

n'ait pas pour effet direct d'anéantir la garantie solidaire, et c'est pour cela qu'il est seul soumis à des dommages-intérêts; or, dans le cas de la demande d'intérêts, tous les débiteurs sont en faute, car tous pouvaient payer à l'échéance le créancier, donc tous doivent les dommages-intérêts fixés par la loi, c'est-à-dire les intérêts. Et il est si vrai que là est le fondement de l'art. 1207, que si la dette solidaire n'est pas exigible à l'égard de quelques-uns des codébiteurs, la demande d'intérêts formés contre les autres ne produira d'effet à l'égard des premiers que lorsqu'ils commenceront à être en faute de n'avoir pas payé le créancier, c'est-à-dire lorsque le terme ou la condition seront arrivés.

Si donc, comme nous venons d'essayer de le démontrer, l'art. 1207 est raisonnable et très conforme aux autres effets de l'obligation solidaire, comment se fait-il que le droit romain et notre ancien droit après lui aient donné une solution diamétralement opposée en décidant que *alterius mora alteri non nocet* (L. 32, 4, *De usuris*)? Nous ferons remarquer d'abord, comme nous l'avons fait à un point de vue général dans notre Introduction, que l'analyse du lien solidaire, quoique poussée fort loin par les jurisconsultes romains dans les détails, avait été presque constamment contrariée par la rigueur des règles du droit et le caractère unilatéral de la stipulation, et que là où la simple poursuite exercée contre l'un des codébiteurs libérait tous les autres, on ne saurait s'étonner de voir que cette même poursuite ne les soumit point à des dommages-intérêts.

Mais, ne pourrait-on pas expliquer autrement, et dans un sens parfaitement conforme à la nature de la solidarité, le fameux texte *alterius mora alteri non nocet*? Ce texte ne voudrait-il pas dire seulement que « la demeure

d'un des débiteurs ne nuit pas à l'autre, » lorsque celui-ci n'est pas lui-même en demeure, c'est-à-dire lorsque la dette n'est pas exigible à son égard, résultat fort équitable, et qui, comme nous venons de le dire, existe aussi bien en droit français qu'en droit romain? Nous soulevons la question sans oser la résoudre : nous laissons ce soin à de plus autorisés ; mais n'y aurait-il pas là un moyen tout à la fois de concilier, comme Dumoulin l'avait tenté, les textes romains sur la faute et sur la demeure en notre matière, et de montrer l'accord du Digeste et du Code civil quand il s'est agi d'analyser exactement, sur un point particulier, un même rapport de droit (1).

Quant à nos anciens auteurs, interprétant à la lettre les textes de la compilation Justinienne, ils en étaient arrivés à édifier la théorie du mandat *ad conservandam et perpetuandam, sed non ad augendam obligationem*, qu'ils considéraient comme la base et le principe de l'obligation solidaire passive. Cette idée, dont nous ne trouvons nulle trace au Digeste, n'a certainement pas été, comme le prouvent l'article 1207 et en partie l'article 1205, celle des rédacteurs du Code, mais elle a eu, et elle a encore aujourd'hui une telle influence que nous serons bien forcés de l'apprécier dans notre seconde partie.

L'article 1207 ne parle que de la demande d'intérêts parce que, en général, c'est ainsi que commencent à courir les intérêts d'une somme d'argent (art. 1153) ; mais il est bien entendu que, soit une simple sommation, dans

(1) On a vu dans notre étude sur le droit romain (p. I ; ch. III, sect. II), que nous avons donné une autre explication des textes sur la faute et sur la demeure. Celle-ci ne l'infirme en rien, c'en est une autre que nous proposons dans un but de conciliation, voilà tout.

les cas où elle suffit, soit même une convention, lorsqu'elle a été passée sur ce point entre le créancier et les débiteurs (art. 1154), auraient pour effet de faire courir les intérêts moratoires contre tous les débiteurs sans qu'il soit besoin d'une demande proprement dite.

5° J'arrive à l'article 1205 que j'ai réservé jusqu'ici précisément parce que c'est celui qu'on conteste le plus, comme étant une disposition tout à fait contraire à la véritable nature de l'obligation solidaire, et qui n'est à mes yeux qu'une des plus justes applications de cette idée que chacun des débiteurs s'est soumis à la totalité de la dette, pour fournir une garantie au créancier.

Cet article est relatif à la perte de la chose due, et prévoit implicitement ou explicitement trois hypothèses :

1° *La perte de la chose due est arrivée par cas fortuit et aucun des débiteurs n'était en demeure.* — Pas de difficultés, tous les codébiteurs sont libérés (art. 1302).

2° *La perte de la chose due arrive par la faute ou le fait d'un des débiteurs.* — Deux résultats se produisent : le débiteur en faute se trouve tenu à la fois de la valeur de la chose et des dommages-intérêts qui peuvent être dus : et ses codébiteurs doivent la valeur de la chose seulement, ils ne sont pas libérés.

Sur le premier point, rien que de naturel ; un débiteur ne pouvant détruire sa propre obligation, il en reste tenu et se trouve obligé de réparer tout le préjudice qu'il a causé par son inexécution. Sur le second, on prétend généralement que la décision de la loi est peu équitable et peu rationnelle : aucunement, à notre avis. Que, si la chose péricule par la faute d'un tiers étranger à l'obligation, tous les débiteurs soient libérés, rien de mieux, le fait d'un tiers est un cas fortuit : mais qu'il faille en dire autant lorsque c'est l'un d'entre eux qui détruit la

chose due, c'est ce que nous n'admettrons jamais. En quoi consiste, en effet, la garantie solidaire ? Dans la pluralité des patrimoines engagés pour la même obligation. Or, si l'on décidait qu'un des obligés peut, par son fait ou sa faute, décharger ses codébiteurs de payer le prix de la chose due, on en arriverait à lui laisser le droit d'enlever au créancier la garantie de cette pluralité de patrimoines ; en d'autres termes on permettrait à un débiteur d'anéantir les sûretés attachées à la créance, résultat manifestement inique et condamné ailleurs par la loi (art. 1188 et 1178).

Il est vrai que les codébiteurs pourront se trouver dans une situation fâcheuse, si par exemple la chose due avait été achetée à deniers communs, ou si elle appartenait exclusivement à l'un d'entre eux, et que le codébiteur en faute se trouve insolvable sur leur recours après qu'ils auront payé le prix de la chose : mais quel intérêt vaut-il mieux sacrifier, celui du créancier qui a pris la précaution de se mettre ou que la loi a placé dans une position favorable, ou celui des débiteurs à qui l'engagement solidaire a permis de trouver du crédit, ou à qui il a été imposé comme une sorte de peine ? La caution n'est-elle pas bien plus digne de faveur ? Et cependant la loi décide qu'elle répond de l'inexécution de l'obligation par le débiteur principal (art. 2016). C'est même ce résultat qui fait dire à un de nos plus éminents auteurs, M. Demolombe : « Qu'il aurait été plus conforme aux principes de la solidarité et et à l'intention des parties, de décider que les codébiteurs solidaires seraient mutuellement responsables de toutes les conséquences de la faute et de la demeure de l'un d'eux. » Mais l'analogie nous semble ici poussée trop loin : que la caution, à raison du caractère accessoire de son engagement,

réponde de toutes les conséquences de l'inexécution par le débiteur cautionné, même des dommages-intérêts, cela se conçoit : mais qu'un débiteur solidaire, qui n'a eu d'autre but en s'obligeant que de donner au créancier la garantie d'un patrimoine de plus, et non point de promettre l'exécution par son codébiteur, soit soumis aussi à des dommages-intérêts, voilà ce que nous ne trouverions nullement équitable.

Quelque syllogisme qu'on établisse pour démontrer que le fait d'un des débiteurs doit ou nuire complètement aux autres, ou leur être absolument étranger, la loi nous semble avoir raison de faire une différence dans la responsabilité entre le débiteur qui, par son fait ou sa faute, a pu nuire au créancier, et ceux qui, loin d'être complices de ce fait, en ont plutôt souffert.

3° La perte de la chose arrive par cas fortuit, mais l'un ou quelques-uns des codébiteurs avaient été mis en demeure.

Ceux des codébiteurs qui étaient en demeure doivent à la fois la valeur de la chose et les dommages-intérêts; les autres seulement le prix de la chose. Voilà une décision qui paraît encore plus difficile à justifier que la précédente : comment comprendre en effet que, par cela seul qu'un des débiteur a été mis en demeure par le créancier, les autres voient leur situation aggravée au point de répondre de la perte d'une chose arrivée par un simple cas fortuit?

Cependant si l'on veut envisager l'art. 1205 en lui-même, abstraction faite de ses antécédents historiques, on verra qu'il contient une solution assez raisonnable. Lorsqu'un des débiteurs est mis en demeure, la dette est en général exigible à l'égard de tous : car c'est l'exception qu'un débiteur solidaire soit engagé à terme ou

sous condition : ils sont donc tous en faute de n'avoir pas fourni la chose due à l'échéance, et si elle périt après cette échéance, la loi les déclare justement responsables de cette perte, qui peut-être ne fût pas arrivée entre les mains du créancier. Quant aux débiteurs mis en demeure, ils sont seuls chargés des dommages-intérêts, parce que seuls ils ont été prévenus, et que les actes qui amènent la demeure ne produisent en général effet que contre ceux qui y sont désignés.

Comment expliquer maintenant que, dans le cas où la dette est d'une somme d'argent, l'art. 1207 déclare tous les débiteurs indistinctement tenus des intérêts moratoires et non point le débiteur actionné seulement, tandis que lorsque la dette est d'un corps certain, aux termes de l'art. 1205, ce dernier seul doit des dommages et intérêts. D'après les principes et en bonne logique, nous avouons qu'il y a là une différence qui peut paraître étrange : cependant des raisons de pratiques sont venues en rendre compte. Dans les dettes d'argent, les dommages et intérêts accordés comme indemnité du retard du débiteur sont très faibles, la quotité en est connue à l'avance, et il suffit de faire le paiement tout de suite après la mise en demeure pour les réduire à une somme insignifiante : aussi a-t-on pu fort bien supposer que les obligés solidaires avaient entendu par une sorte de clause pénale, en convenant qu'ils répondraient de la totalité de la dette, convenir qu'ils supporteraient aussi les conséquences immédiates de la poursuite, et notamment l'interruption de prescription et le cours des intérêts (1206 et 1207). Quand ils s'agit d'un corps certain au contraire, les dommages et intérêts peuvent être très considérables, ils ne peuvent être réduits une fois prononcés, même par la fourniture immédiate de la chose due ; aussi la loi n'a-t-elle pas vou-

lu, comme dans le cas précédent, étendre les effets de la mise en demeure, en dehors de ses limites ordinaires et soumettre aux conséquences du retard des débiteurs contre lesquels les poursuites n'avaient pas été dirigées. Ajoutons que dans le cas de la demande d'intérêts la dette a été modifiée dans son entier, et la modification se produit logiquement à l'égard de tous ceux sur qui elle porte ; au contraire dans l'hypothèse de la mise en demeure pour une obligation de corps certain, il y a non plus une modification de la dette, mais l'addition d'une nouvelle à l'ancienne ; le législateur a donc pu sans inconséquence les séparer et ne faire supporter que par l'un des obligés les dommages-intérêts.

De ce que nous venons de dire, il résulte que si une clause pénale avait été stipulée pour le cas d'inexécution de l'obligation, l'art. 1205 ne s'appliquerait plus, et que tous les débiteurs, sans distinction, devraient à la fois et le prix de la chose et le montant de la clause pénale. (Arg. d'analogie de l'art. 1332 qui donne la même solution relativement aux obligations indivisibles ; — Dumoulin, P. III, n° 127 ; — Pothier n° 273). En tarifiant d'avance le montant des dommages, et en s'engageant à les payer, ils ont tous en effet consenti à répondre de leur faute et de leur demeure réciproques.

Si la perte de la chose a lieu par la faute ou pendant la demeure d'un des héritiers d'un codébiteur solidaire, les autres cohéritiers sont libérés, car il n'y a point de solidarité entre eux et leur cohéritier, qui à leur point de vue doit être considéré comme un tiers ; mais les autres débiteurs solidaires restent tenus de la valeur de la chose, non point pour la totalité, car il n'y avait solidarité entre eux et l'héritier de leur codébiteur en faute ou en demeure que jusqu'à concurrence de la part recueillie par

lui, mais dans la limite de cette même part., (Art. 2249, anal.)

Il existe sur l'art. 1205 une autre théorie, qui est la doctrine dominante, et d'après laquelle cette disposition ne serait que la reproduction textuelle et maladroite d'un système imaginé par Dumoulin, pour concilier les deux textes du Digeste sur la faute et sur la demeure qui paraissaient contraires. Dès lors on accuse d'abord le plus éminent de nos anciens jurisconsultes d'avoir un peu au hasard, uniquement dans un esprit de conciliation, édifié une théorie peu rationnelle, et en second lieu, les rédacteurs du Code civil d'avoir sans examen, alors qu'ils avaient à faire œuvre de législateurs, c'est-à-dire à se préoccuper et de l'équité, et des résultats pratiques, adopté cette même théorie qu'on déclare illogique et inadmissible.

Que les textes du Digeste aient été mal interprétés par Dumoulin, nous n'y contredisons point, et nous avons essayé dans notre étude sur le droit romain, de leur donner leur véritable sens, en montrant qu'à l'origine les décisions sur le *factum* et la *mora* étaient identiques ; mais comment Dumoulin était-il arrivé à son interprétation ?

En cherchant à donner un sens *raisonnable et équitable* à deux textes qui, pris à la lettre, étaient absolument en opposition : or la première pensée qui vient à l'esprit, c'est que le débiteur exempt de faute ou non en demeure ne doit *ni logiquement ni équitablement* être traité d'une façon aussi rigoureuse que celui qui a contrevenu à l'obligation : il fallait donc soumettre ce dernier seul à des dommages-intérêts. Maintenant fallait-il décharger les autres de toutes responsabilités ? C'eût été bien grave, le créancier n'aurait plus eu que la garantie d'un seul pa-

trimoine le plus souvent insolvable, il était par conséquent non moins nécessaire de maintenir leur obligation. Toutes ces considérations ont évidemment frappé Dumoulin ; le droit romain n'a été pour lui que l'occasion d'édifier un système législatif que, pour notre part, nous croyons au moins aussi raisonnable que tous ceux qu'on prétendrait tirer des vrais principes de la solidarité. Les rédacteurs du Code l'ont suivi, mais non pas sans connaissance de cause : il n'ont pas uniquement fait œuvre de copistes inconscients, et ils eussent certainement, malgré l'influence et l'autorité de Dumoulin et de Pothier, écarté leurs solutions si elles avaient été aussi illogiques et aussi injustes dans l'application qu'on le soutient généralement.

II. — Extinction de la dette solidaire

Si, comme on l'a vu dans le paragraphe précédent, chacun des débiteurs doit, en qualité d'obligé à la totalité d'une même dette, supporter dans la mesure que nous avons décrite les extensions ou aggravations qu'elle peut subir, il n'en est pas moins vrai que l'obligation est une, et que si elle s'éteint pour une cause ou pour une autre, tous les codébiteurs pourront opposer au créancier, pour la totalité ou pour partie, selon les cas, les moyens de défense fondés sur son extinction.

C'est ce que reconnaît l'article 1208, qui classe en trois catégories les *exceptions* (remarquons que ce mot est détourné de son sens habituel et technique, il signifie non point de simples moyens de procédure (art. 166 C. proc.), mais, comme dans les art. 1361, 2012 et 2036, des moyens de défense au fond, de véritables fins de non-recevoir opposées au créancier) fondées sur l'ex-

tinction totale ou partielle de la dette solidaire : 1^o exceptions tirées de la nature de l'obligation ; 2^o exceptions communes à tous les codébiteurs ; 3^o exceptions simplement personnelles.

Tous les codébiteurs peuvent opposer les deux premières classes d'exceptions ; « elles sont donc toutes communes », et la distinction de celles qui sont « de la nature de l'obligation, » est faite uniquement dans un intérêt d'analyse : les unes comme les autres sont fondées sur l'extinction totale de la dette. — La troisième classe, au contraire, comprend les moyens de défense qui sont personnels à l'un ou à quelques-uns des codébiteurs : si c'est l'un de ceux-ci qui les oppose au créancier, il écartera sa poursuite ; si, au contraire c'est un des autres codébiteurs qui est actionné, il devrait être obligé de payer la dette en totalité, car le moyen de défense appartient à son codébiteur et non pas à lui ; mais comme son recours aurait pour effet de faire perdre à ce dernier au moins partiellement le bénéfice de l'extinction qui s'est produite en sa faveur, il pourra opposer l'exception qui lui est personnelle jusqu'à concurrence de sa part dans l'obligation. Ces exceptions sont donc fondées sur l'extinction de la dette entière, si elles sont opposées par les débiteurs qui y ont droit, et sur son extinction partielle, si elles sont opposées par les autres.

Quant à la quatrième classe d'exceptions que reconnaît l'art. 1208, dans son deuxième alinéa, je l'ai laissée de côté à dessein : elle se compose des *exceptions purement personnelles* qui reposent non plus sur une extinction même partielle de la dette solidaire, mais sur l'inexistence, l'imperfection, ou l'extinction de l'engagement, particulier d'un ou de quelques-uns des codébiteurs. Il

en résulte tout naturellement que les autres ne peuvent aucunement s'en prévaloir ; l'obligation solidaire n'ayant été éteinte pour aucune portion, elle reste entière, la personne seule d'un des codébiteurs est libérée. (Pothier, n° 380.)

Telle est la théorie contenue dans l'art. 1208 : et si l'on veut la synthétiser, on remarquera que les exceptions des trois premières classes sont communes à tous les codébiteurs au moins pour une portion, et que celles de la quatrième peuvent seules être dites vraiment personnelles.

L'art. 2036 distingue aussi entre les exceptions que la caution peut opposer au créancier. « Elle peut opposer toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal, et qui sont inhérentes à la dette. — Mais elle ne peut opposer les exceptions qui sont purement personnelles au débiteur. » Sous la dénomination fort juste « d'exceptions inhérentes à la dette », il faut comprendre et celles tirées de la nature de l'obligation, et celles qui sont communes en notre matière. Mais, comme on le verra par les rapprochements qui seront faits dans l'analyse des diverses exceptions, la différence de nature qui existe entre le cautionnement, dette purement accessoire, et les différents engagements solidaires dont chacun se suffit à lui-même, entraîne une grande inégalité dans le nombre des exceptions « purement personnelles » qui peuvent être opposées.

I. — *Exceptions tirées de la nature de l'obligation.* — Ce sont celles qui sont tirées soit de ces vices radicaux qui annulent toute obligation, soit de vices particuliers au contrat spécial qui est intervenu.

Ainsi tous les codébiteurs peuvent opposer soit le défaut de cause ou la cause illicite, soit le défaut d'objet,

l'incapacité absolue du créancier, l'absence de toute preuve légale, l'absence des formes requises dans un contrat solennel, ou bien encore la non-échéance d'un terme accordé à tous, ou le non-accomplissement d'une condition, etc.

De même encore, s'il s'agissait d'une vente d'immeubles, chacun des vendeurs solidaires pourrait opposer la lésion de plus des sept douzièmes (art. 1674), et si l'on suppose la solidarité du côté des acheteurs, chacun d'eux pourrait se dispenser de payer le prix actuellement en invoquant un trouble ou un juste sujet de craindre d'être troublé dans la jouissance de l'immeuble vendu par une action hypothécaire ou en revendication. (Art. 1653.)

S'il s'agit d'un échange, chacun des échangistes pourrait se dispenser de livrer la chose promise en opposant que le coéchangiste n'était pas propriétaire de la chose à fournir en contre-échange. (Art. 1704.) En matière de louage, tous les fermiers ou locataires solidaires pourraient également opposer au bailleur le mauvais état de la chose délivrée. (Art. 1719.)

II. — *Exceptions communes à tous les codébiteurs.* Ce sont celles qui sont fondées sur l'extinction de toute la dette : il faut donc ici passer en revue les différents modes d'extinction des obligations.

PAYEMENT. — La dette est une, il est donc de son essence que lorsque la prestation qui en faisait l'objet est fournie, tous les codébiteurs soient libérés. La dation en paiement, ou des offres réelles suivies de consignation acceptée par le créancier ou déclarée valable par le jugement passé en force de chose jugée auront le même effet (1) (Art. 1261.)

(1) Le créancier a-t-il le droit, lorsqu'un des débiteurs lui offre

NOVATION. — La novation éteignant la dette, elle en éteint tous les accessoires, solidarité et cautionnement, aussi bien que privilèges et hypothèques. C'est le résultat qu'exprime l'art. 1281 : « Par la novation faite entre le créancier et l'un des débiteurs solidaires, les codébiteurs sont libérés. — La novation opérée à l'égard du débiteur principal libère les cautions. » Mais le créancier peut mettre comme condition à la validité de la novation que les codébiteurs adhéreront à la nouvelle dette, auquel cas, dit encore l'art. 1231 : « l'ancienne créance subsiste, si les codébiteurs ou les cautions refusent d'accéder au nouvel engagement ».

Si, au contraire, les codébiteurs accèdent à la nouvelle dette, cette adhésion à elle seule aura-t-elle pour effet de la rendre solidaire comme l'ancienne ? — Non, évidemment en général, car la solidarité a été définitivement éteinte par l'accomplissement de la condition mise à la novation (arg. des art. 1278 et 1280), et il est de règle qu'elle ne se présume jamais (art. 1202) ; il était d'ailleurs bien facile au créancier s'il voulait la transporter à la nouvelle dette, de s'en expliquer. (M. Demolombe, n° 393, et un arrêt de la Cour de Cassation du 25 juin 1869 annulant justement une décision en sens contraire de la Cour de Paris du 22 novembre 1867.) Cependant, dans certains cas, il pourra être tellement

le paiement intégral, de le refuser, sous prétexte qu'il y a intérêt, et d'exiger la division de la dette entre les obligés. Un arrêt de la Cour de cassation du 13 mars 1827 tranche cette question dans le sens de la négative, et décide que le créancier qui vient en ordre utile sur les biens d'un des débiteurs n'est pas fondé à réclamer, malgré les autres, une collocation partielle de sa créance jusqu'à concurrence de la part du saisi, afin d'être colloqué dans le même ordre pour une créance postérieure.

évident que l'intention du créancier a été, en exigeant l'accession des codébiteurs, de faire naître de nouveau la garantie solidaire, que les tribunaux pourront décider en sa faveur en se fondant sur l'art. 1175. « Toute condition doit être accomplie de la manière que les parties ont *vraisemblablement* voulu et entendu qu'elle le fût. »

Les privilèges et hypothèques qui garantissaient la dette solidaire novée peuvent-ils être réservés par le créancier sur la nouvelle dette ? — L'art. 1280 répond à cette question : « Lorsque la novation s'opère entre le créancier et l'un des débiteurs solidaires, les privilèges et les hypothèques de l'ancienne créance ne peuvent être réservés que sur les biens de celui qui contracte la nouvelle dette. » Cette disposition signifie, non point que les codébiteurs de celui qui contracte la nouvelle dette ne peuvent y rattacher les privilèges et hypothèques qui garantissaient la première de leur chef sans y accéder eux-mêmes, car il est bien certain que l'on peut hypothéquer sa chose sans s'obliger personnellement, mais bien que la réserve desdits privilèges et hypothèques ne peut avoir lieu *sur leurs biens* par un accord entre le créancier et leur codébiteur *sans qu'ils y consentent*.

Même ainsi réduite à sa véritable signification, la solution de la loi est très critiquée. Tirée de Pothier, qui s'exprimait en ces termes : « Cette réserve, (celle des hypothèques), ne peut avoir d'effet que pour l'hypothèque des biens de ce débiteur qui contracte la nouvelle dette, et non pour les hypothèques des biens de ses codébiteurs, leurs biens ne pouvant pas être hypothéqués à cette dette nouvelle sans leur consentement » (*Oblig.* n° 563), et empruntée par lui-même au droit romain (*L. 30 De novationibus*, et *l. unica, C. Etiam ob chirograph. pecun.*), elle est, dit-on, contraire aux principes

de notre droit. Chez nous, la novation n'a pas des effets absolus comme à Rome, et « si, dit M. Demangeat, pour nover l'obligation, il eût été possible d'employer au lieu de la stipulation un simple pacte, rien n'aurait empêché que l'hypothèque pût être réservée, *même sans le consentement* de l'ancien débiteur. » (*Oblig. solidaires en droit rom.*, p. 50.) Pourquoi donc en droit français l'effet extinctif de la novation ne pourrait-il pas être limité par la volonté des parties à l'obligation personnelle ? Ne résulterait-il pas toujours de la novation ainsi faite pour les anciens débiteurs cet avantage qu'ils ne seraient tenus désormais qu'hypothécairement comme tiers détenteurs, au lieu de l'être personnellement ? (Rodière, n° 70 ; Duranton, t. XII, n° 305 ; Aubry et Rau, t. II, p. 397, not. 43 ; C. de Santerre, n° 228 *bis*, II.)

Nous ne croyons cependant pas que ces reproches adressés à l'art. 1280 soient fondés. Et en effet, juridiquement d'abord, la réserve faite des hypothèques sur les biens des débiteurs, convention passée uniquement entre le créancier et le codébiteur qui figure à la novation, ne doit pas pouvoir leur nuire et les priver du bénéfice de l'extinction qui devait s'être produite pleine et entière en leur faveur (art. 1119 et 1165) ; en second lieu, pratiquement, est-il exact de dire que les codébiteurs devant toujours retirer de la novation l'avantage de n'être plus tenus qu'hypothécairement, au lieu de l'être personnellement, leur consentement devrait être indifférent ? Ils peuvent préférer rester tenus même personnellement de l'ancienne dette que de l'être de la nouvelle seulement hypothécairement : ils ne doivent donc pas être obligés contre leur gré d'exécuter cette nouvelle obligation pour dégager leurs biens de l'hypothèque, et il nous paraît juste qu'ils aient toujours le droit de la regarder comme leur étant étrangère et de faire disparaître l'hypothèque

qui grève leurs immeubles en accomplissant l'ancienne obligation.

Ainsi, s'il y a eu novation par changement de créancier, les codébiteurs qui n'ont pas figuré à la novation auront le droit de se libérer entre les mains de l'ancien. Pour que le nouveau créancier fût mis quant à eux, à la place de celui-ci, il faudrait qu'il y eût cession avec signification (art. 1690). S'il y a eu novation par changement d'objet, les codébiteurs de celui avec qui cette novation est intervenue peuvent s'en tenir à l'objet de l'ancienne obligation.

En résumé, l'art. 1280 nous paraît être logique en considérant la réserve des privilèges et hypothèques comme une nouvelle constitution qui prend par faveur le rang de l'ancienne et qui ne peut, par conséquent, frapper des biens sans le consentement du propriétaire. Aussi, croyons-nous, contrairement à l'opinion de M. C. de Santerre (n° 228 *bis* I) qu'il faudrait l'appliquer au cas où ce serait non plus un des débiteurs solidaires, mais un tiers étranger à la dette, qui, en dehors de toute délégation, aurait fait novation avec le créancier et libéré tous les codébiteurs. (Pothier, n° 599.)

REMISE DE LA DETTE SOLIDAIRE SANS RÉSERVES (Art. 1284 et 1285). — Expresse ou tacite, faite seulement à l'un des débiteurs comme faite à tous, la remise de la dette produit une libération générale, lorsque le créancier n'a pas réservé ses droits.

L'art. 1285 traite de la remise expresse : « La remise ou décharge correctionnelle au profit de l'un des codébiteurs solidaires libère tous les autres, à moins que le créancier n'ait expressément réservé ses droits contre ces derniers. » Cette décision n'est pas plus à l'abri des critiques des auteurs que la plupart des précédentes :

on reproche au législateur de s'être laissé entraîner par la doctrine romaine sur l'acceptilation à admettre la libération de tous les débiteurs quand la remise est faite à l'un d'eux seulement, et d'avoir écarté la règle si sage, reproduite par Pothier (n° 275) et relative au pacte *de non petendo*, d'après laquelle, pour savoir si la remise devait produire effet à l'égard du débiteur seulement à qui elle était faite, ou au contraire à l'égard de tous, on se reportait à l'intention du créancier, présumant toujours dans le doute l'effet personnel et relatif? (L. 21, § 2, *De pactis*.)

Nous n'admettons pas ces critiques ; ici, comme en beaucoup d'autres points, on nous paraît donner trop d'influence à la tradition sur l'esprit du législateur.

En effet : 1° c'est précisément à l'intention du créancier qu'on se reporte pour attribuer son effet à la remise : s'il a dit à un débiteur : « Je vous remets 100 » sans rien ajouter, il est difficile de croire, que s'il y a par exemple deux débiteurs, il ira demander encore 50 à l'autre, car alors il n'aurait pas remis 100, mais 50 : si au contraire, il a dit : « Je vous remets 100, mais je réserve tous mes droits contre votre codébiteur, » il a clairement manifesté qu'il voulait limiter la remise à la personne du premier codébiteur. C'est donc sa volonté qui règle les effets de la remise ; on lui demande de la préciser nettement, voilà tout : il n'y a rien là de semblable aux effets de l'acceptilation, qui n'admettait pas la moindre réserve (1) ; 2° la décision qui dans le doute ne donnait au pacte *de non petendo* qu'un effet relatif se comprenait fort bien, car le créancier avait prouvé en n'em-

(1) D'ailleurs la preuve que la remise de dette n'a pas été assimilée à l'acceptilation, c'est que la remise consentie à la caution ne libère pas le débiteur principal (art. 1287).

ployant pas l'*acceptilatio* qu'il n'entendait pas abandonner tous ses droits : il avait fait par là même une sorte de réserve ; le même résultat se produit chez nous, et par une raison analogue, lorsque le créancier, au lieu de faire remise de la dette, n'a fait remise que de la solidarité ; 3° en l'absence de réserve de la part du créancier, il y a dans la remise un acte dont l'étendue est douteuse : or, s'il est vrai que la renonciation à un droit ne doit pas se présumer, il ne l'est pas moins que le doute s'interprète en faveur des débiteurs, et chacun d'eux ayant intérêt à l'extinction de la dette commune, il doit naturellement profiter de la remise.

L'art. 1284 s'occupe de la remise *tacite* : « La remise du titre original sous signature privée ou de la grosse du titre à l'un des débiteurs solidaires produit le même effet (celui d'une remise expresse), au profit d'un de ses codébiteurs. » C'est l'application pure et simple des principes généraux : le créancier qui se dessaisit de son titre sous signature privée ou de la grosse de son titre, se prive des moyens de prouver son droit non seulement contre le débiteur auquel il les remet, mais contre tous les autres. Dans le premier cas il naît à leur profit une présomption de libération *juris et de jure, juris tantum* dans le second. (Art. 1282 et 1283.)

Le créancier peut encore faire remise à un des débiteurs, soit de sa part seulement dans la dette, soit de la solidarité. Ces deux sortes de renonciation gratuites n'ayant lieu que pour une partie de ses droits, ne fournissent point aux autres codébiteurs des exceptions communes, et seront par conséquent examinées dans le paragraphe relatif aux exceptions simplement personnelles.

D'après l'art. 545 Com., le concordat accordé à l'un

des débiteurs solidaires ne lui fournit qu'une exception purement personnelle : la remise qu'il contient ne peut aucunement être invoquée par ses codébiteurs. Mais un arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation du 12 novembre 1867 (D. P., 67, 1, 483), nous paraît avoir très justement décidé que cette disposition ne s'appliquait pas au cas d'un *arrangement amiable* par lequel les créanciers d'un commerçant, débiteur solidaire en l'état de cessation de paiements, lui ont fait remise, de la portion de ses dettes qui ne serait pas couverte par l'actif qu'il leur a abandonné, et qu'il y avait dans cet arrangement une remise régie par l'article 1285 C. com., et libérant par conséquent les autres codébiteurs.

PRESCRIPTION. — Si elle n'a été interrompue contre aucun des débiteurs, elle a couru au profit de tous, et leur fournit une exception commune. (Art. 1206.)

Si elle a été suspendue contre un des débiteurs solidaires, elle fournit à ce débiteur, dans notre opinion, (V. *supra*, § 1), une exception simplement personnelle, puisqu'il peut l'opposer pour la part de ses codébiteurs, et à ceux-ci une exception commune, puisqu'ils sont entièrement libérés.

Mais que décider dans l'hypothèse d'un billet à ordre souscrit à la fois par un commerçant, libéré, aux termes de l'article 189 (C. com.), par une prescription de cinq ans, et par un non commerçant, libéré seulement au bout de trente (art. 2262 Civ.) ? Les cinq ans écoulés sans poursuites, le souscripteur non commerçant pourra-t-il opposer la prescription du chef de son coobligé. La Cour de cassation a, dans un arrêt du 8 décembre 1852, admis l'affirmative par ce motif notamment « que la prescription quinquennale fondée sur une présomption de paiement, a pour effet d'éteindre la dette, » et que « les

exceptions qui résultent des différents modes d'extinction des obligations, à la différence des exceptions purement personnelles, appartiennent à tous les débiteurs solidaires », et elle a affirmé de nouveau la même solution dans un arrêt du 28 mai 1866. Nous l'adoptons pleinement ; la loi, en effet, n'a pas ici expressément comme en matière de suspension, maintenu l'obligation d'un seul des débiteurs solidaires, et dès lors, la prescription de cinq ans, comme toute prescription, car l'article 1206 ne distingue pas, doit produire son effet libératoire à l'égard de tous. (M. Demolombe, n° 415.)

De même encore, et par identité de motifs, nous décidons que la prescription de cinq ans, établie par l'article 64 du Code de commerce « au profit des associés non liquidateurs, de leurs veuves, héritiers ou ayants-cause », pourra être invoquée, lorsque rien ne sera venu l'interrompre par les associés même liquidateurs, non bien entendu en ce qui concerne les obligations dérivant de la liquidation, mais en ce qui touche les dettes de la société. (Demang. sur Bravard Veyrières, p. 453 ; — Malpeyre et Jourdain, *Traité des sociétés commerciales*, p. 343 ; — Alauzet, I, n° 290.)

LA PERTE DE LA CHOSE DUE, si elle n'arrive ni par la faute, ni pendant la demeure d'un des débiteurs (art. 1205 et 1302), la NULLITÉ OU LA RESCISION DE L'OBLIGATION, en tant qu'elle est fondée sur un vice inhérent à toute la dette et non point seulement à l'obligation d'un ou de quelques-uns des débiteurs, (s'il s'agit, par exemple, d'un vol commis à l'égard de tous, ou de la lésion de l'art. 1674), l'ARRIVÉE DE LA CONDITION RÉOLUTOIRE, si elle affectait l'obligation de tous les co-débiteurs, le SERMENT PRÊTÉ PAR L'UN DES OBLIGÉS, en tant qu'il porte sur l'existence de la dette (art. 1365), sont autant de causes qui éteignent entière-

ment la dette solidaire, et fournissent, par conséquent, des exceptions à tous les codébiteurs.

CHOSE JUGÉE. — J'ai réservé jusqu'ici l'examen de l'autorité de la chose jugée, d'abord parce qu'elle ne peut fournir, à proprement parler, d'exception que lorsque le jugement a été rendu en faveur du débiteur poursuivi, et en second lieu, parce que c'est un point extrêmement controversé que de savoir, si, même dans ce cas, l'exception qui en résulte est commune.

Un jugement est intervenu entre le créancier et l'un des débiteurs solidaires : ce jugement sera-t-il opposable ou profitera-t-il aux autres ?

Ainsi posée, la question n'est pas susceptible d'une solution absolue, et presque toutes les controverses qui se sont élevées sur ce point, viennent, à notre avis, de ce qu'on n'a pas suffisamment restreint le débat. Il faut faire deux hypothèses : 1° Le débiteur poursuivi a prétendu seulement que son engagement particulier n'existait pas, en d'autres termes il a opposé au créancier une exception personnelle fondée, par exemple, sur sa minorité, sur un dol commis à son préjudice, ou sur l'inexistence de la solidarité en ce qui le concernait. Dans ce cas, évidemment, le jugement qui intervient, qu'il soit rendu pour ou contre lui, est lettre morte pour ses codébiteurs : ils ne peuvent pas plus s'en prévaloir qu'ils n'auraient pu se prévaloir des moyens qui l'ont déterminé ; ils seront donc tenus encore pour le tout, sauf dans certains cas, selon les distinctions qui seront faites dans les paragraphes suivants, le droit de défalquer la part du débiteur relaxé. De plus, les codébiteurs qui n'étaient pas en cause auront toujours le droit, malgré tout jugement rendu contre l'un d'eux, d'opposer les moyens qui leur sont personnels, car leur codébiteur ne

pouvant pas les opposer, on ne saurait dire qu'ils ont été représentés par lui. (Art. 1208. — Larombière, art. 1208, n° 8; — Rod., 116; — Demolombe, 368; — Cass., 28 nov. 1836.)

2° Le débiteur a soutenu que la dette solidaire elle-même était nulle ou qu'elle était éteinte par un des modes absolus de libération qui ont été énumérés dans ce paragraphe, en d'autres termes il a opposé au créancier une exception commune à tous les codébiteurs. Malgré la divergence d'opinions des auteurs, nous croyons que la décision judiciaire qui intervient dans ces conditions a toujours l'autorité de la chose jugée, en quelque sens qu'elle soit rendue, à l'égard de tous les codébiteurs, et qu'elle leur fournit par conséquent, lorsqu'elle l'est à leur profit, par elle-même une exception commune.

Quel est en effet précisément le droit que confère au créancier la solidarité des débiteurs? Celui de « contraindre chacun d'eux pour la totalité de la dette » (art. 1200), comme s'il était débiteur unique. Or, je le demande, cet effet se produirait-il, si, après qu'un jugement condamnant le débiteur poursuivi a été obtenu, malgré l'opposition par lui d'exceptions communes, ses codébiteurs pouvaient remettre en question ce qui a été jugé à son égard?

Remarquons-le bien : celui-ci a été *condamné à payer la totalité de la dette*; or, si l'on permet à des codébiteurs de prétendre sa condamnation sans effet vis-à-vis d'eux, de deux choses l'une : ou bien ils succomberont dans la nouvelle instance, et ils n'en auront retiré aucune utilité sinon d'augmenter les frais à leur préjudice, et d'imposer un retard peut-être considérable au créancier, ou bien ils seront absous. Dans ce dernier cas, comme la réformation du jugement rendu contre leur codébiteur,

grâce au nouveau procès qu'ils ont soulevé, ne peut avoir lieu que pour leurs parts et non point pour celle du débiteur condamné, on en arriverait forcément, ou bien à laisser supporter définitivement à celui-ci le fardeau de toute la dette, résultat évidemment inadmissible, ou bien à ne mettre à sa charge que sa part, en éteignant la dette pour le surplus ; c'est-à-dire à diviser la dette solidaire au mépris de la convention ou de la loi, et à donner pour effet à une exception *commune* de paralyser l'action du créancier seulement pour partie. Or il n'est pas besoin d'insister pour montrer que les exceptions communes opposées, lorsqu'elles sont reconnues fondées, éteignent la dette en totalité.

On objecte, il est vrai, pour soutenir que la chose jugée même sur des exceptions communes doit avoir un effet relatif à la personne et au patrimoine du codébiteur en cause, la multiplicité des liens juridiques, qui doivent être indépendants les uns des autres, les uns pouvant être valables et les autres éteints ou inexistant. (MM. Aubry et Rau, t. VI, p. 488.) Mais raisonner ainsi, n'est-ce pas se placer dans l'hypothèse déjà examinée par nous, où l'un des débiteurs ou quelques-uns d'entre eux ont des exceptions personnelles à faire valoir, qui, loin d'affecter la dette même, sont spéciales à leur engagement ? C'est seulement lorsque ces exceptions simplement ou purement personnelles existent, lorsque quelques-uns des engagements sont prétendus viciés ou éteints, que la loi, rompant l'unité de la dette solidaire, parce que cela devient nécessaire, supprime l'obligation à l'égard de certains débiteurs, alors qu'elle est maintenue à l'égard des autres (art. 1365, 1209, 1210, 1211, 1294.) Mais à part ces cas tout à fait exceptionnels et qui ne font plus l'objet de notre deuxième hypothèse, partout ailleurs la loi

proclame l'unité de la dette solidaire (art. 1200, 1206, 1207, 1208, 2249).

La demande comprenait la totalité de la dette, le jugement a été rendu pour la totalité de la dette ; la totalité de cette dette pesant sur tous les débiteurs et aucun de ceux-ci n'ayant d'exception particulière à faire valoir, ce qui est jugé contre l'un doit être jugé contre l'autre, de même que l'interruption et la demande d'intérêts contre un seul produisent effet à l'égard de tous.

L'art. 1203, qui met sur le même pied les codébiteurs, vient prêter un puissant appui à notre thèse. « Le créancier d'une obligation contractée solidairement, » y est-il dit, « peut s'adresser à celui des débiteurs qu'il veut choisir ». C'est qu'en effet, comme l'écrit M. Demolombe « s'adresser à l'un, c'est s'adresser à tous, chacun d'eux étant le représentant des autres envers le créancier. »

On objecte encore que le débiteur poursuivi a pu se mal défendre, présenter seulement quelques-unes des exceptions communes à tous, et qu'il serait injuste de priver ses codébiteurs du droit d'opposer celles qu'il n'a pas fait valoir. Mais si l'on excepte le cas où la sentence serait le résultat d'une collusion frauduleuse entre le débiteur partie au procès et le créancier, et celui où elle aurait été rendue par suite d'une renonciation qu'il aurait faite à des moyens communs de défense ou d'un acquiescement qu'il aurait donné, cas dans lesquels sans aucun doute la chose jugée ne serait pas opposable aux autres codébiteurs, qui pourraient y former tierce opposition (Cass., 41 décembre 1834 ; Dijon, 28 décembre 1871), nous ne voyons là aucune injustice. En effet, si les codébiteurs craignaient de voir leur coobligé compromettre leurs droits, ils pouvaient intervenir au débat ; c'est d'ailleurs ce qui arrivera le plus souvent, puisqu'il

est admis qu'ils peuvent être appelés en garantie. Mais même s'ils n'ont pas été prévenus de l'instance, l'unité de la dette solidaire, unité qu'ils ont acceptée ou qui leur a été imposée pour l'avantage du créancier, les fait considérer avec raison comme ne faisant qu'une seule personne, au point de vue de la poursuite et de l'exécution de l'obligation, et les empêche de séparer leur cause de celle de leur codébiteur, lorsqu'elle est défavorable à celui-ci.

Et par là nous montrons que nous n'admettons pas le système intermédiaire, qui, se fondant sur ce prétendu mandat que se seraient donné les codébiteurs *ad per petuandam et conservandam, sed non ad augendam obligationem*, reconnaît l'autorité de la chose jugée à l'égard de tous les codébiteurs lorsque le jugement a été rendu au profit du coobligé mis en cause, et lui dénie au contraire tout effet lorsqu'il a décidé contre lui. Tout d'abord nous répéterons encore que cette idée de mandat nous paraît inexacte ; mais même sans engager ici le débat sur ce point, une fois admis que le créancier déboulé dans sa demande contre un des codébiteurs, grâce à une exception commune, ne pourra pas actionner les autres (et ce résultat est pour nous de toute évidence, car on ne peut dire que le créancier a mal plaidé comme on pourrait le prétendre d'un des codébiteurs qui aurait succombé ; il a pu présenter tous ses arguments et tous ses moyens de faire reconnaître la dette), on ne saurait décider sans une injustice flagrante, qu'au cas de condamnation du débiteur poursuivi, les autres pourront considérer cette condamnation comme lettre morte. Quel est en effet le créancier qui voudrait accepter pareille situation ? Comme nous l'avons dit en matière de solidarité active en donnant la même solution, à supposer qu'un mandat existe,

ce ne peut être un mandat pour gagner le procès seulement, sans mandat de le perdre, il ne peut y avoir que le mandat complexe de plaider. « Il faut tenir compte de l'intérêt de la partie adverse, dit fort justement M. Colmet de Santerre, qui ne peut pas avoir accepté un adversaire ayant le droit de recommencer l'instance au cas d'insuccès, et dans le cas de succès pouvant se tenir au jugement rendu. » (N° 328 *bis* XXV. — Dans ce sens : Cass., 23 novembre 1836; 28 décembre 1881; Dijon, 28 décembre 1871. — Demolombe, n° 374; Bonnier, *Traité des preuves*, n° 701; Larombière, t. II, art. 1208, n° 19; Proudhon, *De l'usufruit*, t. III, n° 1321.)

Il faut donc décider, à notre avis, que chacun des débiteurs aura le droit d'en appeler de la sentence rendue contre l'un d'eux et que la signification du jugement fait à celui-ci fera courir les délais d'appel vis-à-vis de tous, tandis que dans les autres systèmes il se produirait des résultats tout opposés (V. Cass. 25 mars 1861). Mais si un jugement a été rendu par défaut contre tous les débiteurs et exécuté dans les six mois seulement contre l'un, cette exécution aurait-elle pour effet d'empêcher la péremption de s'accomplir au profit des autres?

Oui évidemment; il y a eu en effet interruption de la péremption qui n'est autre chose que la prescription de la procédure, et toute interruption de prescription produit effet à l'égard de tous les codébiteurs. (Art. 1206 et 2249; Cass., 9 août 1859, 3 déc. 1861; Bourges, 31 janvier 1873; Reynaud, *De la Perempt.*; Aubry et Rau, t. IV, § 298 *ter*, not. 26; Demolombe, n° 363. — *Contra*. Paris, 3 mars 1838; Toulouse, 7 avril 1840; Agen, 19 janvier 1849.) Sauf, bien entendu le droit pour chacun d'eux de

former opposition au jugement par défaut (1). (Cass., 25 mars 1861.)

Si nous supposons au contraire un jugement rendu contradictoirement contre un des débiteurs, et par défaut contre les autres, la condamnation contradictoire n'empêcherait pas à elle seule la péremption de courir au profit des défaillants. C'est qu'en effet la prescription du jugement est indépendante de la prescription de la dette : tandis que la condamnation a interrompu la seconde, la première ne peut l'être que par l'exécution dans les six mois ou l'acquiescement d'un des débiteurs condamnés. (Cass., 2 mars 1853 ; Larombière, art. 1208, n° 6.)

La TRANSACTION et le COMPROMIS conclus entre le créancier et l'un des débiteurs seulement fournissent aux autres une exception commune s'ils jugent convenable de s'en prévaloir, mais il ne saurait évidemment les obliger contre leur gré.

Si en effet il est de l'essence même de la dette solidaire qu'un réponde de toute l'obligation pour tous et que ce qui est exécuté ou jugé contre l'un soit jugé ou exécuté contre les autres, il ne s'ensuit pas du tout que par un acte de sa volonté uniquement un des codébiteurs puisse dénaturer ou compromettre l'obligation des autres (sauf ce qui a été dit à propos de la faute). Pour les mêmes raisons le SERMENT sur l'existence de la dette, qui, déferé par le créancier à un des débiteurs et prêté par lui, peut être invoqué par les autres (art. 1365), est

(1) L'acquiescement donné par un des débiteurs au jugement par défaut aurait le même effet que l'exécution, comme équivalant à une reconnaissance (art. 1206), et empêcherait également la péremption de s'accomplir au profit des autres. (Cass., 14 avril 1840 ; Bordeaux, 3 août 1833).

de nul effet vis-à-vis d'eux lorsque c'est le créancier qui a affirmé sa qualité sur l'invitation d'un débiteur.

III. — *Exceptions simplement personnelles.*

Ce sont des moyens de défense propres à l'un des débiteurs, et fondés sur l'extinction de son obligation personnelle, mais ils peuvent être invoqués par ses codébiteurs jusqu'à concurrence de sa part dans la dette, afin de le soustraire à un recours sur lequel ils ont dû compter.

Parmi ces moyens simplement personnels il faut ranger :

1° *La remise de la dette* faite à l'un des débiteurs seulement avec *réserve expresse* du droit du créancier contre les autres (art. 1285). Le créancier devra dans sa poursuite contre ceux-ci déduire la part de celui à qui la remise a été faite : mais quelle sera précisément cette part, sera-ce sa part réelle ou sa part virile dans la dette ? La part réelle, si le créancier la connaissait ; s'il l'ignorait, sa part virile, à moins qu'elle ne fût supérieure à sa part réelle, auquel cas la remise n'aurait d'effet que jusqu'à concurrence de cette dernière. Le créancier, par sa réserve, a en effet nettement indiqué son intention de ne point gratifier les autres codébiteurs (Demol., n° 397 ; Murlon, II, n° 1269 ; Larombière, II, art. 1285, n° 16). De sorte que si le débiteur qui a bénéficié de la remise n'avait figuré dans l'obligation, en réalité, que comme caution solidaire, même à l'insu du créancier, la remise à lui faite ne serait qu'une décharge du cautionnement, et ne libérerait l'autre codébiteur d'aucune partie de la dette (art. 1287).

2° *La remise de la solidarité.* — C'est la renonciation par le créancier au droit de demander l'intégralité

de la dette, et son consentement donné à sa décision, soit à l'égard de tous les codébiteurs, soit à l'égard de l'un d'eux seulement. Quand elle est faite à tous les débiteurs, elle a pour effets de les rendre conjoints et leur fournit une exception commune contre l'action solidaire.

Quand elle est faite à l'un des débiteurs seulement, expressé ou tacite, elle amène les mêmes conséquences : la division de la dette n'a lieu qu'à l'égard du débiteur à qui elle a été consentie, et le créancier exerce son action solidaire contre les autres : c'est donc un moyen personnel ; mais il ne peut les poursuivre que sous la déduction de la part du codébiteur déchargé de la solidarité : c'est donc un moyen non pas purement, mais simplement personnel. (Art. 1210.)

Cette décision de la loi est-elle rationnelle ? A-t-elle eu raison de ranger le moyen tiré de la remise de la solidarité parmi les exceptions personnelles, tandis qu'elle classait le moyen tiré de la remise de la dette parmi les exceptions communes (art. 1285) ? Oui, à notre avis : les motifs qui nous ont fait approuver l'art. 1285 n'existent plus ici : le créancier, en remettant *la solidarité* à l'un des débiteurs, a précisément pour but de rompre l'unité du lien solidaire, unité qui seule entraînait l'extension du bénéfice de la remise de la dette à l'obligation de tous, et dès lors le principe que les libéralités ne se présument pas, reprend son empire. C'est donc justement que la remise de la solidarité n'a qu'un effet relatif et non général.

Mais est-il équitable de n'en avoir pas fait une exception *purement* personnelle, et d'avoir admis les autres débiteurs solidaires à l'invoquer jusqu'à concurrence de la part de celui à qui elle est faite ? Si la remise de la solidarité, cas très fréquent, intervient

après un paiement partiel du codébiteur, il est tout simple que le créancier ne puisse pas demander aux autres ce qu'il a déjà reçu. Mais si la remise est gratuite, il semble que le créancier devrait avoir le droit de poursuivre pour le tout encore les autres débiteurs à qui il n'a point accordé la division, et dont la position ne paraît aucunement empirée, puisqu'ils peuvent toujours recourir divisément pour sa part contre celui d'entre eux qui a été déchargé de la solidarité, et qu'en dehors de toute remise ils n'auraient pas eu d'autre avantage (art. 1213). (*Sic.* Aubry et Rau, III, p. 24 ; Laromb., 1210, n° 7 ; Duranton, XI, n°s 224 et 231 ; Rodière, n° 145). Cependant, même dans ce cas, la solution de l'art. 1210 se justifie : que l'on suppose, en effet, trois codébiteurs, est-il exact de dire que la situation des deux autres ne se trouve pas empirée par la division de la dette consentie à l'égard de l'un d'eux ? Avant la remise, ils avaient deux chances contre une de n'être pas choisis par le créancier pour faire l'avance de la totalité de la dette, après, ils n'en ont plus qu'une seule. Aussi est-ce comme une compensation à cette aggravation de leur position que la loi les a dispensés de faire l'avance de la part de leur codébiteur resté d'ailleurs obligé dans cette limite envers le créancier.

Si ce sont bien là les raisons qui ont inspiré l'art. 1210, il faut décider, avec M. Colmet de Santerre (p. 242), que la réserve expresse faite par le créancier du droit de poursuivre pour le tout les codébiteurs non déchargés de la solidarité ne pourrait valoir que par leur assentiment, car leur situation ne saurait être aggravée par une *convention* à laquelle ils ont été étrangers. (Demol., n° 465 ; Mourlon, II, n° 1273.)

Le créancier est censé consentir à la division de la

dette à l'égard d'un des débiteurs et par suite lui faire remise *tacite* de la solidarité dans quatre cas :

1^o Art. 1211, premier et deuxième alinéa. — Lorsqu'il reçoit divisément la part de ce débiteur et que la quittance porte expressément que c'est « sa part » qu'il a reçue. Quand ces deux conditions se trouvent réunies, on présume que le créancier a renoncé à demander à ce débiteur l'intégralité de la dette, « à moins qu'il n'ait réservé formellement dans la quittance la solidarité ou ses droits en général ; » auquel cas la présomption s'effacerait, et l'action serait conservée solidaire même contre le débiteur qui a payé sa part ; « car, dit Pothier, lorsque dans une quittance comme dans tout autre acte, on réserve ses droits, sans dire contre qui, il est naturel que cela s'entend des droits qu'on a contre celui avec qui on traite ou à qui l'on donne quittance, et non de ceux qu'on a contre d'autres. » (*Oblig.*, n^o 277.)

2^o Art. 1212, troisième alinéa. — Lorsque le créancier a formé une demande en justice contre l'un des débiteurs « pour sa part », et que celui-ci a acquiescé à la demande ou a été condamné. La demande formée contre le débiteur « pour sa part » marque en effet encore plus énergiquement que dans le premier cas l'intention de consentir à la division de la dette. Mais l'acquiescement du débiteur ou sa condamnation sont exigées parce qu'il faut son acception volontaire ou forcée à cette offre de rupture de la solidarité faite par le créancier (1). Comme le disait Pothier : « Les dettes étant contractées par le

(1) Entre codébiteurs, au contraire, malgré leur obligation au tout, le seul fait du créancier de les avoir poursuivis personnellement pour leur part et portion civile, produit implicitement la division de son action, sans qu'il soit besoin de leur acquiescement ou de leur condamnation (art. 2027).

concours du créancier et du débiteur, la remise ne peut s'en faire que par un consentement contraire des mêmes parties. » (N° 277.)

3° et 4°. — Le créancier est encore censé avoir déchargé un des débiteurs de la solidarité dans les deux cas prévus par l'art. 1212 : le premier est relatif aux arrérages et intérêts de la dette solidaire, le second au capital. Pour les arrérages et intérêts échus, le créancier perd la solidarité contre un des débiteurs lorsqu'il lui donne quittance « pour sa part », en la recevant, (la loi dit *divisément*, comme dans l'art. 1211) sans faire de réserve de ses droits. Mais la solidarité n'est perdue ni pour les arrérages et intérêts à échoir, ni pour le capital, auxquels la quittance ne s'applique pas. Quant à ceux-ci, le droit de les demander solidairement, ne cesse que si le paiement divisé des revenus a été continué pendant dix années consécutives dans les conditions qui viennent d'être indiquées (art. 1212, 2°). On peut croire alors, en effet, qu'il y a eu une renonciation à la solidarité pour le capital et que la preuve en a été perdue. Mais nous croyons avec MM. Larombière (art. 1212), Toullier (III, n° 745) et Duranton, (XI, n° 326), qu'il ne suffirait pas de plusieurs paiements, trois ou quatre par exemple, représentant les arrérages et intérêts de dix années, mais qu'il faudrait au moins dix paiements effectués entre les mains du créancier pendant cet intervalle. C'est, en effet, non pas au chiffre de la somme payée, mais bien à la multiplicité des quittances données pour sa part au débiteur qui la paye, qu'est attachée la présomption d'abandon de la solidarité à son égard (*Contra*, Demol., 491 ; Rodière, 152 ; Delvincourt, II, p. 511.), à tel point que dans l'ancien droit il fallait que la division des paiements eût duré trente ans, et encore le créancier n'était-il présumé

avoir renoncé à la solidarité que quant aux arrérages et intérêts, et non quant au capital. (Pothier, n° 279.)

La loi, comme on le voit, ne présume pas facilement la renonciation du créancier à la solidarité même en faveur de l'un des débiteurs : elle exige de nombreuses conditions destinées à mettre hors de doute son intention. Nous croyons donc qu'en dehors des quatre cas qu'elle a prévus, il serait impossible de créer des présomptions de remise de la solidarité. Ce sera aux juges, lorsqu'ils se trouveront en face d'actes dont on prétendra induire une remise de cette nature, de décider s'ils impliquent une renonciation soit expresse, soit tacite, dans le sens des art. 1211 et 1212. (Douai, 16 novembre 1842; Cass : 18 mai 1832.)

3° *La confusion*, c'est-à-dire la réunion dans la même personne des qualités incompatibles de créancier et de débiteur (art. 1300), soit qu'elle ait lieu, cas le plus fréquent et pour cette raison seul prévu par l'art. 1209, parce que le créancier devient héritier d'un des débiteurs solidaires ou réciproquement, soit qu'elle résulte de tout autre circonstance, par exemple d'une cession de créance ou d'une donation (art. 1301), produit toujours une exception simplement personnelle. — Les autres débiteurs ne profitent de la confusion que jusqu'à concurrence de la part de leur coobligé en la personne de qui elle s'est opérée, ils restent tenus solidairement du surplus de la dette (art. 1209). Comme on le voit, la loi envisage ici la confusion, non plus comme un véritable mode d'extinction de la dette (art. 1234), mais comme un événement qui, n'ayant d'autre fondement que l'impossibilité absolue de se trouver lié envers soi-même a pour effet seulement de sortir une personne de l'obligation. Aussi la dette subsiste-t-elle, à la différence de ce

que nous avons décidé lorsque la confusion s'opérait entre l'un des créanciers solidaires et le débiteur commun, contre les autres codébiteurs diminuée de la part de celui qui a profité de la confusion.

Si le créancier, au lieu d'être héritier unique du codébiteur décédé, comme le prévoit l'art. 1209, ou le débiteur au lieu de succéder seul au créancier, n'étaient héritiers l'un de l'autre que pour partie seulement, il s'opérerait une confusion partielle, dont les effets moins étendus se régleraient encore par les mêmes principes. Le créancier ou le débiteur pourront demander la totalité de la dette moins la part qu'ils doivent personnellement supporter. — Soit trois codébiteurs solidaires, Pierre, Paul et Jacques, tous trois débiteurs par égales parts d'une somme de 3,000 fr. envers Primus. Supposons d'abord que Primus devient héritier de Pierre pour moitié ; il pourra demander à Paul ou à Jacques tout le reste de la dette, moins la moitié de la part de Pierre, qui doit rester définitivement à sa charge personnelle. Il lui réclamera donc dans l'espèce 3,000 fr. moins la moitié de 1,000 fr., part de Pierre, ou 2,500 fr., seulement ; mais celui des codébiteurs qui les aura payés aura naturellement un recours pour 1,000 fr. contre le codébiteur dont il a éteint la dette et pour 500 fr. contre le second héritier de Pierre obligé solidairement avec lui.

Si nous supposons que c'est Pierre, un des débiteurs, qui hérite pour moitié du créancier Primus, le résultat sera le même. Pierre a succédé au créancier pour 1,500 fr., or il devait supporter personnellement 1,000 fr., la dette solidaire a donc été éteinte dans cette mesure, et il ne pourra demander à Paul ou à Jacques que 500 fr. ; d'un autre côté, son cohéritier, ayant également succédé au créancier pour 1,500 fr., pourra les réclamer à

celui des débiteurs, y compris Pierre, qu'il voudra choisir ; mais alors celui-ci exercera contre ses codébiteurs des recours de manière à ce que chacun arrive à supporter en définitive 1,000 fr., somme pour laquelle il était réellement obligé. (C. de Santerre, p. 237.)

Mais dans tous les cas, si parmi les autres débiteurs il y a des insolvable, remarquons, comme en matière de remise de la solidarité, qu'il faudra ajouter à la part dont le créancier succédant au débiteur, ou le débiteur succédant au créancier, est personnellement tenu, une portion contributive dans les insolvabilités. Cette obligation de contribuer aux insolvabilités est en effet inséparable de toute portion de la dette solidaire. (Art. 1214.)

Les vices qui affectent le consentement d'un des codébiteurs, erreur, violence ou dol, lui fournissent-ils une exception simplement ou purement personnelle? Purement personnelle à notre avis ; et les autres obligés ne peuvent invoquer les vices du consentement de l'un d'entre eux pour se refuser à payer même la part qui le concerne dans la dette. En voici la raison : tant que le codébiteur victime d'une erreur, d'une violence ou d'un dol n'a pas demandé la rescision ou l'annulation de son obligation, elle subsiste contre lui ; et il serait bien étrange que ses codébiteurs vinssent arguer de son extinction pour s'en prétendre déchargés, alors qu'elle est parfaitement valable contre le véritable intéressé. On objectera sans doute que, selon l'opinion généralement admise, la caution peut se prévaloir des vices du consentement du débiteur principal, quoiqu'elle ne puisse opposer les exceptions qui lui sont purement personnelles (art. 2012 et 2036), et qu'il devait en être de même pour les débiteurs solidaires qui ne peuvent pas davantage opposer les exceptions purement personnelles à l'un d'eux (art.

1208). Cette objection ne nous touche pas : comme nous l'avons fait déjà remarquer, on ne peut assimiler la solidarité et le cautionnement : que la caution, débiteur accessoire, dont l'obligation ne repose que sur celle du débiteur principal, ait le droit d'invoquer tous les vices qui atteignent cette dernière, sauf ceux qui résultent d'un privilège attaché à la personne même du débiteur, comme son incapacité, rien de plus naturel ; mais qu'un débiteur solidaire, dont l'obligation se suffit à elle-même, puisse opposer les vices du consentement de son codébiteur avant que ces vices aient été reconnus, afin d'échapper partiellement à l'action du créancier envers qui il est obligé comme s'il était seul, voilà ce que nous n'admettons pas.

L'expression « exceptions purement personnelles » n'a donc pas le même sens dans l'art. 1208 et dans les art. 2012 et 2036 ; dans ces derniers, elle comprend seulement celles qui sont tirées de l'incapacité du débiteur principal ; dans le premier, non seulement celles qui sont fondées sur l'incapacité d'un débiteur solidaire, mais encore celles qui sont tirées d'un vice de son consentement ou d'un terme ou d'une condition qui affectent son engagement. C'est à raison encore de cette différence de nature entre la solidarité et le cautionnement que la loi décide dans l'art. 1294 que la caution peut opposer au créancier la compensation de ce qu'il doit au débiteur principal, alors que le codébiteur solidaire ne peut opposer la compensation de ce que le créancier doit à son codébiteur. (Aubry et Rau III, p. 169 ; — Rod. n° 77 ; — Demol. n° 386 ; — Laromb., art. 1208, n° 10.)

Si au contraire, sur la poursuite du créancier, l'annulation ou la rescision de son obligation a été obtenue par le codébiteur dont le consentement avait été

vicié, alors, comme son obligation est éteinte, ses codébiteurs peuvent invoquer cette extinction jusqu'à concurrence de sa part dans la dette.

En d'autres termes, l'exception tirée de l'*annulation* ou de la *rescision* de l'obligation d'un des débiteurs est simplement personnelle ; en effet, dans ce cas, le recours des autres codébiteurs n'est plus possible, et lors qu'ils ont ignoré, cas le plus ordinaire, le dol, la violence ou l'erreur dont leur codébiteur a été victime, il est juste que ce soit le créancier et non point eux-mêmes, qui souffre de la faute commise.

Mais si les autres codébiteurs ont eu connaissance des vices du consentement de leur coobligé, comme ils sont censés avoir assuré le créancier précisément contre la rescision de son obligation, et que, en tout état de cause, ils n'ont pas dû compter sur un recours, ils ne pourront invoquer la rescision pour se prétendre déchargés de la part de leur codébiteur, et elle ne fournira dans ce cas qu'une exception purement personnelle.

Quant à l'exception tirée de l'*incapacité*, d'un des codébiteurs, minorité, interdiction, défaut d'autorisation s'il s'agit d'une femme mariée, on pourrait être tenté de soutenir qu'elle est toujours purement personnelle. C'est en effet la seule catégorie de moyens de défense que la caution ne peut invoquer (art. 2012) : ils peuvent donc paraître plus personnels que tous autres. Cependant on est généralement d'accord pour n'appliquer l'art. 2012 qu'au cas où la caution ignorait l'incapacité du débiteur principal, et dès lors, il faut faire la même distinction quand il s'agit de codébiteurs solidaires. Nous disons donc en définitive que les vices du consentement d'un des débiteurs une fois reconnus, ou son incapacité, fournissent aux autres une exception sim-

plement ou purement personnelle, selon qu'ils auront ignoré ou connu ces vices ou cette incapacité (1).

IV. — *Exceptions purement personnelles.*

Parmi les événements qui produisent les exceptions exclusivement attachées à la personne d'un des débiteurs, à ce point que les autres ne peuvent s'en prévaloir même pour obtenir la décharge de la part qui le concernait dans la dette, nous rangerons :

1° La *compensation*, qui s'opère lorsque l'un des débiteurs devient créancier du créancier pour une somme égale au montant de la dette solidaire.

Mais c'est là une des questions les plus débattues de la matière, et elle mérite d'être étudiée dans tous ses détails. Tout d'abord, précisons-la ; lorsque la compensation a été opposée sur la poursuite du créancier par celui de ses débiteurs qui est devenu à son tour créancier, pas de difficultés. La dette, éteinte vis-à-vis de ce débiteur, ne peut subsister vis-à-vis des autres, puisqu'elle est une. Les effets de la compensation sont semblables à ceux d'un paiement : *compensatio est instar solutionis* (art. 1290). La compensation une fois opposée au créancier produit donc une exception commune

(1) Un arrêt de la Cour de cassation du 7 juin 1836 paraît considérer l'annulation d'un acte comme fournissant une exception purement personnelle au codébiteur vis-à-vis duquel il est annulé. Il décide que le mari qui s'est obligé solidairement avec sa femme à payer les frais d'un acte, ne peut, quand même l'acte serait déclaré nul à l'égard de la femme, être affranchi de l'obligation de payer la totalité des frais. — Il ne faut voir là qu'une juste application de l'art. 1431 ; le mari ne peut opposer la rescision du chef de sa femme, parce qu'elle n'est vis-à-vis de lui réputée que caution, et par tant non intéressée.

et l'art. 1294 ne s'appliquera pas à cette hypothèse. C'est là une solution universellement admise.

Voici donc à quoi se réduit la question : le créancier s'adresse, ce qu'il fera généralement, à un codébiteur auquel il ne doit rien, celui-ci pourra-t-il lui opposer en compensation la créance qu'a sur lui son codébiteur ?

Non, répond l'art. 1294, qui après avoir dit que « le débiteur principal ne peut opposer la compensation de ce que le créancier doit à la caution, » ajoute : « Le débiteur ne peut *pareillement* opposer la compensation de ce que le créancier doit à son codébiteur. » Ainsi voilà qui est certain, malgré le principe écrit dans l'art. 1290, que « la compensation s'opère de plein droit, par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs, les deux dettes s'éteignant réciproquement à l'instant où elles se trouvent exister à la fois, » la compensation, tant qu'elle n'a point été opposée par celui des débiteurs solidaires qui y a droit, ne fournit point aux autres une exception commune.

Mais ne fournit-elle au moins qu'une exception simplement et non purement personnelle au codébiteur devenu créancier ? En d'autres termes ses codébiteurs peuvent-ils l'invoquer jusqu'à concurrence de sa part dans la dette, ou bien ne peuvent-ils aucunement s'en prévaloir ? C'est là un point qui, devant l'ambiguïté de la loi, donne lieu aux plus vives controverses.

En droit romain, on l'a vu (p. I, chap. III), un *correus* pouvait opposer la compensation du chef de son *correus* jusqu'à concurrence de la part de celui-ci, mais pourvu qu'il y eût société entre eux, car alors seulement le *correus* qui payait avait un recours contre son codébiteur, et celui-ci eût été privé du bénéfice de la compensation (L. 40, *De duob. reis*). Dans l'ancien droit, par identité

de motifs et sans distinction, puisqu'on accordait à tous les débiteurs solidaires un recours accompagné de cession d'actions, on devait admettre la même solution : ce n'est cependant pas du droit romain que Pothier la fait dériver : il trouve plus logique et plus juridique qu'un débiteur solidaire ne puisse aucunement opposer la compensation du chef de son codébiteur, « car, dit-il, lorsqu'un débiteur solidaire paye le total de la dette, ce n'est que vis-à-vis de ses codébiteurs qu'il est censé payer pour eux les parts dont ils sont chacun tenus dans la dette, les codébiteurs solidaires n'étant entre eux tenus de la dette que pour leur part : mais un débiteur solidaire étant vis-à-vis du créancier débiteur du total, lorsqu'il paye le total ce n'est point vis-à-vis du créancier qu'il paye les parts de ses codébiteurs ; il paye ce qu'il doit lui-même..., et c'est sur cette raison qu'est fondée la décision de Papinien (n° 274). » Comme on le voit, Pothier ne s'attachait qu'à la décision du jurisconsulte romain relative aux *correi non socii*, sans remarquer que l'introduction dans notre droit de la présomption d'un intérêt commun à tous les débiteurs solidaires aurait dû la modifier en sens contraire.

Cependant, et malgré toutes ces hésitations, le jurisconsulte français se range en définitive, pour des raisons d'utilité pratique, à l'avis de Domat, et admet un débiteur solidaire à se prévaloir de la compensation du chef de son codébiteur jusqu'à concurrence de la part que doit supporter celui-ci dans la dette.

Quels sont donc les motifs que l'on donnait et que l'on donne encore à l'appui de ce système ? 1° Il évite, dit-on, des circuits de recours et d'actions. En effet, si un des débiteurs était condamné à payer le tout, il aurait action contre le codébiteur qui avait droit à compensa-

tion pour la part qui le concerne dans l'obligation commune; et celui-ci, une fois sa part payée, aurait à son tour le droit d'en demander le remboursement au créancier son débiteur. Ce n'est pas tout : au moment où le codébiteur actionné payerait au créancier la part de son codébiteur, il deviendrait le créancier de celui-ci pour cette part, il pourrait donc, en cette qualité la saisir-arreter entre les mains du créancier débiteur de son coobligé. Il est donc bien plus simple de ne pas payer la part dudit coobligé que de la payer pour la saisir en même temps. 2° Ce système est plus conforme à la nature de l'obligation solidaire : chacun des débiteurs en effet, doit être également exposé à faire l'avance de la totalité de la dette, l'un ne doit pas être plus menacé que les autres : or si les codébiteurs non créanciers devaient payer le tout sans pouvoir rien déduire, il est bien certain que le créancier ne s'adresserait pas à celui dont il est devenu débiteur, mais uniquement à eux. L'égalité des chances serait aussi bien détruite que dans le système qui permettrait au débiteur d'opposer la compensation du chef de son codébiteur. 3° Il est équitable : « En effet, dit Domat, il ne serait pas juste de contraindre un des obligés à payer la portion de celui qui aurait à faire une compensation avec le créancier : puisque si cette compensation n'existait point, et que le débiteur qui pourrait la faire de son chef se trouvât insolvable, ceux qui auraient payé pour lui seraient sans ressources, pour avoir payé ce qu'ils ne devaient point, ou qu'ils auraient pu justement compenser. » (Domat : *L. civil.*, Sect. I, art. 8.) Telles sont les raisons pour lesquelles beaucoup d'auteurs modernes et quelques arrêts ont pensé que l'art. 1294 devait être encore entendu dans ce sens. (V., outre Domat et Pothier, *loc. cit.*, Larombière, art. 1294, n° 5 ; Aubry et

Rau, p. 20; Rodière, n° 81; Marcadé, art. 494; Toul-
lier, t. III, n° 733; Duranton, XII, n° 430; Toulouse 14
août 1818; Cass., 24 décembre 1834.)

Cependant nous croyons que dans l'ancien droit déjà
ce système aurait pu être combattu victorieusement et
que, dans tous les cas, depuis le Code il ne saurait se
soutenir.

En effet : 1° Il n'est pas exact que le droit de compen-
ser la part de son codébiteur équivaille pour le codé-
biteur poursuivi à la faculté de saisir-arrêter cette
même part entre les mains du créancier après l'avoir
payée ; car, comme saisissant, il n'a pas de privilège et
doit concourir naturellement sur les sommes arrêtées
avec les créanciers de son codébiteur, tandis qu'en in-
voquant la compensation partielle, il arrive à se faire
attribuer exclusivement, au préjudice de ceux-ci, toute
la portion de la dette qu'il retient. On ne peut donc con-
clure du droit de saisir-arrêter au droit de compen-
ser qui crée un privilège ; 2° Le système qui admet un
codébiteur à se prévaloir partiellement de la compensa-
tion n'amène pas une aussi grande simplification dans
les recours qu'il le paraît : si, en effet il supprime l'action
du codébiteur qui a payé contre son codébiteur, il laisse
toujours subsister l'action de ce dernier contre le créan-
cier commun pour tout ce qui n'a pas été payé en mo-
naie de compensation ; sa créance se trouve réduite par
la compensation opposée ; elle n'est pas annulée. 3° En-
fin, je ne vois pas comment les chances de poursuites
contre les débiteurs non créanciers sont augmentées s'ils
doivent payer la dette entière sans aucune déduction :
il est bien évident, en effet, que si le créancier a l'in-
tention de les poursuivre, il ne sera pas arrêté par la
considération qu'une portion de la dette, peut-être très

faible, peut être compensée ; il aura toujours intérêt à toucher l'excédant, tout en gardant les sommes qu'il doit. Les deux systèmes arrivent au même résultat sur ce point. Et dès lors la raison donnée par Domat au paragraphe précédent (3°), tombe, car les codébiteurs qui font l'avance ne doivent pas plus profiter de la compensation qu'ils ne doivent en souffrir. Leur recours ne doit pas plus être assuré par l'existence d'une cause de compensation en sa personne qu'il ne le serait dans les cas ordinaires, si cette cause de compensation n'existait pas.

On voit que la doctrine de Domat et la solution de Pothier ne s'appuyaient pas sur des arguments d'une extrême solidité et on s'explique facilement les hésitations de ce dernier auteur à l'adopter. Mais sous l'empire du Code, ainsi que nous l'avons dit, il nous semble impossible de soutenir qu'un codébiteur puisse opposer la compensation même partielle du chef de son codébiteur.

La raison de la disposition écrite dans l'art. 1294, 3° al., n'est pas seulement, en effet, qu'on n'a pas voulu, au mépris de l'égalité qui doit régner entre les codébiteurs, charger l'un d'eux exclusivement de faire l'avance de la dette, c'est encore, et bien davantage, qu'on a désiré éviter que le codébiteur prétendu créancier du créancier par l'allégation d'un coobligé « fût malgré lui engagé dans des procès désagréables sur l'existence de sa prétendue créance. » (Fenet, t. XIII, p. 162 et 173.) Ainsi le tribunal avait présenté cette disposition dans le but d'empêcher l'immixtion et l'inquisition d'un des codébiteurs dans les affaires particulières de ses codébiteurs et du créancier : or il est clair que cette immixtion aurait aussi bien lieu et avec les mêmes inconvénients au cas de compensation partielle qu'au cas de compensation totale.

Ce n'est pas tout : la doctrine contraire se trouve expressément rejetée par le tribun Mouricault dans l'exposé des motifs au Corps législatif : « Il faut conclure, disait-il après quelques observations, que le codébiteur solidaire ne peut opposer la compensation des créances qui lui sont étrangères. Domat cependant embrasse et défend l'opinion contraire, mais Pothier, tout en l'adoptant observe et prouve que les motifs n'en sont pas concluants, *c'est donc avec raison que le projet a rejeté cette opinion.* » (Loché, *Lég. civ.*, t. XII, p. 556. — C. de Santerre, V, n° 142 *bis*, III ; Mourlon, II, n° 1266 ; Duvergier sur Toul. IV, n° 377, note *a* ; Demolombe, n° 401 : C. Cass. de Belgique, 13 juin 1872 ; D. P., 74, 2, 218).

2° Il faut encore, ainsi que nous l'avons dit, mettre au nombre des exceptions purement personnelles les *moyens tirés des vices du consentement* d'un des codébiteurs, tant qu'il ne les a opposés avec succès, si ses codébiteurs en avaient eu connaissance, ainsi que le moyen tiré de son *incapacité* dans le même cas.

3° et 4° Enfin, nous classerons dans cette catégorie le moyen tiré d'un *concordat* qui aurait été accordé à l'un des débiteurs après sa faillite (C. com., 507-526), car la remise n'est pas volontaire, mais forcée, et ne peut pas être interprétée largement comme celle de la dette, et *ceux qui résulteraient des modalités affectant son engagement particulier*, mais en tant seulement que ces modalités lui ont été accordées au moment où la dette solidaire était contractée, ou au moins à la connaissance de ses codébiteurs. Si c'était après coup, et sans leur consentement que le créancier avait accordé un terme à l'un d'eux, il ne pourrait les poursuivre avant l'échéance de ce terme que déduction faite

de la part pour laquelle ils auraient recours contre leur codébiteur. Il ne peut, en effet, priver du bénéfice du terme celui à qui il l'a consenti, en l'exposant à un recours immédiat de la part de ses coobligés.

APPENDICE

Une question fort importante reste à examiner sur cette difficile matière. L'art. 2037 ainsi conçu : « La caution est déchargée lorsque la subrogation aux droits, privilèges et hypothèques du créancier ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution », est-il applicable aux débiteurs solidaires ?

L'un des codébiteurs, par exemple, avait consenti au créancier une hypothèque : le créancier y renonce, ou la laisse périr faute de renouvellement de l'inscription dans les dix ans (1) ; lorsqu'il s'adressera à un des autres débiteurs, celui-ci pourra-t-il se prétendre déchargé de la part de son codébiteur dans la dette, en se fondant sur ce que la subrogation à l'hypothèque qui devait assurer son recours n'est plus possible par le fait du créancier ?

Non, à notre avis, et nous allons essayer de démontrer les deux propositions suivantes : l'art. 2037 est exclusivement applicable aux cautions ; mais il est applicable à toutes les cautions même solidaires.

Et d'abord, l'art. 2037 est exclusivement applicable aux

(1) On voit que nous comprenons sous la dénomination de fait du créancier aussi bien sa simple négligence qu'un fait positif de sa part. Pothier, il est vrai, distinguait et n'assimilait le codébiteur solidaire à la caution que lorsque le créancier avait, par un fait positif, anéanti les sûretés qui garantissaient son recours (n^{os} 275 et 557), mais nous ne faisons en cela que suivre l'exemple du Code art. 1384, 1733, 1933), et des nombreux arrêts (V. not. Cass. 23 fév. 1857 et 7 juillet 1862) qui décident en ce sens.

cautions : il ne peut être invoqué ni par les codébiteurs solidaires, ni par un tiers détenteur (1). En effet : 1° c'est seulement entendue dans ce sens que sa disposition est rationnelle : la caution s'oblige pour le débiteur principal pour lui rendre un service ; elle ne s'engage fort probablement que parce qu'elle compte sur l'hypothèque consentie par lui ; la dette ne l'intéresse à aucun point de vue, et dès lors il est naturel que la loi la déclare déchargée lorsque le créancier lui enlève la garantie qui l'avait déterminée à s'obliger. Elle s'était engagée sous la condition que l'hypothèque sauvegarderait ses droits ; la condition défaillie par la faute du créancier, son obligation s'évanouit. Tout autre est la condition d'un débiteur solidaire lorsqu'une hypothèque a été consentie par son codébiteur : il s'est obligé, non point pour rendre service à celui-ci, mais dans son intérêt personnel, car jusqu'à preuve contraire, il est censé seul intéressé à la dette ; l'hypothèque a été consentie, non pas pour assurer son recours en même temps que l'action du créancier, mais parce que ce dernier l'exigeait comme condition du crédit accordé. L'hypothèque est donc, au cas de dette solidaire, concédée presque exclusivement dans l'intérêt du créancier, et dès lors il est logique qu'il puisse y renoncer sans se voir opposer sa renonciation. 2° C'est seulement entendu en ce sens restreint que l'art. 2037 se trouve d'accord avec les autres dispositions de la loi sur le cautionnement. En effet, partout dans le Code, nous voyons la caution, à raison de la nature de son engagement contracté uniquement dans

(1) Nous ne nous attarderons pas à démontrer cette proposition, quant au tiers détenteur, car elle sort de notre sujet ; mais elle ne fait guère de doute aujourd'hui. (V. Cass. 17 mars 1852, 18 déc. 1854 ; Caen 26 nov. 1870 ; et autor. citées D. J. *Gén. Oblig.* 1988.)

l'intérêt du débiteur principal, plus énergiquement protégée que le débiteur solidaire : c'est d'abord ce qui résulte, quant au recours même, de la comparaison des art. 1214 et 2030, où l'on voit que la caution qui a cautionné tous les débiteurs solidaires et qui paye, a son recours contre chacun d'eux pour la répétition du total de ce qu'elle a payé, tandis que dans le même cas un débiteur solidaire n'a recours contre ses codébiteurs que pour leur part et portion. C'est aussi à raison du caractère accessoire de sa dette que la caution peut opposer au créancier toutes les exceptions personnelles au débiteur principal, sauf celle de minorité, et encore lorsqu'il la connaissait, alors qu'un débiteur solidaire ne peut invoquer aucune des exceptions purement personnelles à son codébiteur (1), et notamment la compensation (art. 1208, 1294, 2012 et 2036 combinés.) Enfin, par sa place même au titre du cautionnement, l'art. 2037, qui prononce une déchéance, semble bien montrer qu'il doit rester spécial à la caution et ne pas être étendu hors de ses termes précis. (Cass., 13 janv. 1852, 18 fév. et 3 avril 1861 et de nombreux arrêts de Cour d'appel ; Aubry et Rau, IV, § 298 *ter*, note 47 ; Massé, *Dr. commerc.*, IV, n° 2767 ; Gauthier, *Des subrogations* n° 506 et suiv. ; Larombière, 1208, 4 ; Demol., n° 498.)

On fait à cette doctrine plusieurs objections (V. Cass., 13 fév. 1816 ; Limoges, 29 août 1839 ; Dev. et Carette, *Coll. nouv.*, VI, II, 161 ; Merlin, *Quest. de droit : Solidarité*, § 8 ; Mourlon, *De la subrogat.*, p. 514 ; Rodière, n° 154 ; Ponsot, *Du cautionnement*, n° 329 ; Héan, *Rev. prat.*, t. XVIII, p. 29).

(1) Voy. cependant ce qui a été dit au paragraphe précédent (n° IV, *in fine*, et n° III) pour le cas où le codébiteur ignorait les vices du consentement et l'incapacité de son codébiteur.

On oppose d'abord l'autorité de l'ancien droit, qui manifestement accordait au codébiteur solidaire le même bénéfice qu'à la caution lorsque le créancier renonçait aux sûretés qui lui avaient été consenties. (Poth., n^{os} 275 et 557.) — L'ancien droit ne saurait être invoqué en cette matière : en effet le bénéfice que consacre l'art. 2037 au profit de la caution dérive du bénéfice *cedendarum actionum*, tel que le droit romain l'accordait au *mandator pecuniæ credendæ*. Il existait aussi au profit du fidéjusseur, mais sans avoir la même efficacité ; à cause du caractère strict de la fidéjussion, le créancier n'était tenu de céder ses actions au fidéjusseur contre le débiteur principal que telles qu'elles existaient entre ses mains au moment du paiement. Dans l'ancien droit, tous les contrats étant de bonne foi, et la fidéjussion ayant perdu son caractère strict, on décida que le créancier serait tenu, comme en matière de *mandatum pecuniæ credendæ*, de conserver ses actions avec les sûretés qui le garantissaient, sinon que la caution serait libérée, et on étendit un peu hâtivement cette décision au codébiteur solidaire qui payait pour les autres ; on lui accorda le bénéfice *cedendarum actionum* dans toute la plénitude de ses effets, sans voir que cette extension reposait sur une assimilation inexacte. Aussi croyons-nous que c'est à dessein, après une analyse plus complète de la nature de la solidarité et du cautionnement, que les rédacteurs du Code n'ont expressément appliqué l'art. 2037 qu'à ce dernier rapport de droit.

On prétend encore que la subrogation accordée par l'art. 1251, 2^o, aussi bien au débiteur solidaire qu'à la caution, doit être aussi énergique au profit de l'un qu'au profit de l'autre, et qu'étant assurée pour le premier par l'art. 2037, elle doit l'être aussi bien pour la seconde. —

La preuve que l'art. 2037 n'était pas comprise dans le droit de subrogation, c'est qu'après l'avoir établi tant au profit de la caution qu'au profit du débiteur solidaire (art. 1251 et 2029), le législateur a cru nécessaire de protéger spécialement la caution par cet article alors qu'au titre des obligations solidaires, il n'y a rien de semblable ; au cas de solidarité la subrogation remplace le bénéfice *cedendarum actionum* tel qu'il existait au profit du fidéjusseur ; au cas de cautionnement elle a tous les effets du même bénéfice accordé au *mandator pecuniæ credendæ*. (V. Cujas sur la l. 22 *De pactis*.)

Enfin on présente un dernier argument : si chacun des débiteurs doit être considéré comme s'il était seul débiteur du total vis-à-vis du créancier, dit-on, il n'en est pas moins vrai qu'il est en réalité caution de ses codébiteurs pour la part qui les concerne, et qu'en cette qualité il doit jouir des mêmes bénéfices et de la même faveur qu'une caution ordinaire et notamment de celui de l'art. 2037. Et c'est pour cette raison, ajoute-t-on, que d'après l'art. 1215, le codébiteur déchargé de la solidarité n'en reste pas moins tenu envers ses codébiteurs de supporter sa part proportionnelle dans les insolvabilités. — Cette objection serait embarrassante, si nous reconnaissons aux débiteurs solidaires le caractère complexe de débiteurs principaux et de cautions ; mais, comme on le verra dans notre seconde partie, nous ne croyons pas qu'on puisse ainsi, sans dénaturer le contrat de solidarité, scinder leur obligation. Quant à l'art. 1215, il est une application pure et simple du principe général établi par l'art. 1214 ; il n'est pas plus au pouvoir du créancier d'empêcher les insolvabilités de se répartir également entre tous les codébiteurs, que d'enlever à quelques-uns d'entre eux leur recours ; mais autre chose est le droit de supprimer un

recours inhérent à la dette solidaire, autre chose est la faculté de renoncer à des sûretés accessoires presque uniquement consenties dans l'intérêt du créancier.

2° L'art. 2037 nous paraît donc s'appliquer uniquement à la caution, mais nous avons dit qu'il s'appliquait à toutes les cautions, même solidaires.

La caution solidaire est, en effet, gouvernée tout à la fois par les principes qui régissent le cautionnement et la solidarité. Par les principes qui régissent la solidarité en ce qu'elle ne peut, pas plus que le codébiteur solidaire, opposer au créancier les bénéfices de division et de discussion ; et c'est uniquement en ce sens qu'il faut entendre la disposition fiscale de l'art. 2021 : « L'effet de son engagement se règle par les principes qui ont été établis pour les dettes solidaires. » Mais, ces deux bénéfices exceptés, elle a identiquement les mêmes droits qu'une caution ordinaire, et est soumise aux mêmes obligations.

Ainsi elle peut opposer, non seulement les exceptions qui lui sont communes avec le débiteur principal, mais encore toutes celles qui sont personnelles à celui-ci, et notamment la compensation (art. 1294). Elle peut, comme la caution ordinaire, agir contre le débiteur principal pour se faire indemniser dans tous les cas prévus par l'art. 2032. Elle a le droit, lorsqu'elle a cautionné à la fois plusieurs débiteurs solidaires, de recourir contre chacun pour le total de ce qu'elle a payé (art. 2030), ce qui est interdit à un codébiteur solidaire (art. 1214), tandis que lorsqu'il y a plusieurs cautions solidaires d'un même débiteur, celle qui paye peut bien recourir pour le tout contre le débiteur principal, mais seulement pour leur part contre ses codébiteurs, preuve nouvelle qu'elle est traitée comme une caution, toutes les fois qu'il ne s'agit pas pour elle d'invoquer vis-à-vis du créancier les

bénéfices de discussion et de division. Enfin si, ainsi que la caution simple, elle ne peut s'obliger sous des conditions plus onéreuses que le débiteur principal, elle se trouve, comme celle-ci, tenue de tous les dommages-intérêts qui peuvent être dus par suite de la faute ou de la demeure de ce dernier (art. 2016), tandis que le débiteur solidaire en faute ou en demeure seul en est tenu.

Et l'on voudrait, dans ces conditions, que l'art. 2037 fit exception aux autres textes du Code et qu'il s'appliquât uniquement à la caution ordinaire ! C'est, en effet, ce qu'on a prétendu : M. Troplong (*Du caut.*, n^{os} 223-239) a soutenu que le bénéfice consacré par cet article, et par conséquent la déchéance prononcée contre le créancier, dériveraient uniquement du bénéfice de discussion, et que la caution solidaire ayant renoncé à celui-ci avait nécessairement renoncé à celui-là. — Historiquement d'abord, cette théorie est inexacte : le bénéfice *cedendarum actionum* avec ses effets complets, tel que le reconnaît l'art. 2037, n'était aucunement inséparable du bénéfice de discussion : et la preuve, c'est que le fidéjusseur depuis Justinien jouissait de ce dernier, sans pouvoir obliger cependant le créancier à lui céder ses actions autrement qu'il les avait entre les mains. En second lieu, on ne voit pas comment on pourrait confondre rationnellement le droit d'exiger la discussion préalable du débiteur principal, avec celui d'exiger le maintien des sûretés qui doivent assurer le recours ; en renonçant au premier afin de rendre plus rapide la poursuite du créancier, il serait bien dur que la caution solidaire, qui n'est pas plus intéressée à la dette que la caution simple, fût censée avoir renoncé au second ; elle rendrait un service plus considérable en s'obligeant plus énergiquement, et elle aurait son recours moins assuré ! Cela est inadmis-

sible. (*Sic* : Cass., 13 janv. 1852, 18 février 1861 ; Montpellier, 22 août 1870, et tous les auteurs cités *supra*). Ainsi, voici le résumé de notre doctrine ; le débiteur solidaire ne peut, pour échapper au paiement, se prévaloir de l'art. 2037 ; la caution solidaire au contraire le peut.

Mais il est deux questions très délicates qui s'élèvent encore sur cet article.

1° Dans le cas prévu par l'art. 1216, où la dette n'intéresse qu'un des débiteurs solidaires et « où les autres ne sont considérés vis-à-vis de lui que comme ses cautions, » peuvent-ils se prévaloir de la disposition de l'art. 2037 ? Non, à notre avis ; ce n'est en effet que vis-à-vis de leur codébiteur qu'ils sont cautions, vis-à-vis du créancier, ils sont de véritables débiteurs solidaires et doivent être traités comme tels. Ils ne peuvent donc pas plus invoquer l'art. 2037 qu'ils ne pourraient opposer les exceptions personnelles à leur codébiteur, et notamment la compensation survenue de son chef. Cependant, si le créancier avait eu connaissance des rapports particuliers qui les unissaient au débiteur seul intéressé, et si malgré cela il avait intentionnellement et méchamment renoncé aux sûretés que lui avaient fournies ledit débiteur, ou les avait laissé perdre, les autres codébiteurs non intéressés à la dette pouvaient se prétendre déchargés, non pas en se fondant sur l'art. 2037, que les cautions solidaires seules peuvent invoquer, et ils ne sont vis-à-vis du créancier que débiteurs solidaires, mais en opposant que ce dernier « n'a pas exécuté la convention de bonne foi » (art. 1134), et qu'il n'a pas observé l'art. 1135, aux termes duquel « les conventions obligent, non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature. » Ce n'est pas un

droit que nous leur reconnaissons, ce sera une question de fait que les juges auront à trancher en leur faveur, selon qu'ils se seront engagés, en considération des sûretés fournies par leur codébiteur, à la connaissance du créancier, et si celui-ci a véritablement manqué à la bonne foi envers eux en les abandonnant. (Cass., 13 janvier 1852 : « attendu que la subrogation légale consacrée par l'art. 1221 ne restreint pas le libre et *loyal* exercice des droits du créancier; » — Aubry et Rau, III, p. 27 ; Demol., n^{os} 499 et 500.)

2° La femme commune qui s'oblige solidairement avec son mari pour les affaires de la communauté ou du mari, et qui, aux termes de l'art. 1431, « n'est réputée à l'égard de celui-ci être obligée que comme caution », doit-elle jouir du bénéfice de l'art. 2037 ?

Non encore évidemment, si les principes que nous avons soutenus jusqu'ici sont exacts. Ce n'est, en effet, que vis-à-vis du mari qu'elle est réputée caution : « L'art. 1431 donne un exemple de récompense dû par le mari à la communauté, il n'est qu'une application de l'art. 1216, » dit fort justement M. Bufnoir à son cours ; vis-à-vis du créancier la femme est une véritable codébitrice solidaire (1). Seulement, comme le créancier aura toujours en connaissance de sa qualité de femme mariée, et par conséquent de la situation de caution que lui reconnaît la loi jusqu'à preuve contraire, il pourra plus facilement que dans l'hypothèse précédente se voir opposer, en vertu des art. 1134 et 1135, son manque de bonne foi, s'il abandonne inconsidérément les sûretés fournies par le mari.

(1) Bordeaux, 14 fév. 1849 ; Bourges, 10 juin 1851.

CHAPITRE IV

RECOURS DES CODÉBITEURS ENTRE EUX

§ I. — **Fondement du recours.** — Cas dans lesquels il a lieu

La dette n'était solidaire que vis-à-vis du créancier, lorsqu'il est désintéressé, la solidarité s'évanouit et l'obligation redevient conjointe selon le droit commun. Dès lors la réalité reprend son empire, et chacun des débiteurs qui était tenu du total envers le créancier, ne doit plus supporter en définitive que la part de la dette qui lui incombe personnellement.

Celui qui a fourni au créancier plus que sa part a donc trop payé, et ses codébiteurs doivent lui rembourser ce que dépasse cette part. Tel est le fondement unique de l'action du codébiteur qui paye contre ses codébiteurs : *un paiement fait pour autrui*.

De ce paiement pouvaient, il est vrai, en droit romain et dans notre ancien droit, naître des actions de nature diverse, selon les rapports qui unissaient le codébiteur qui payait à ses codébiteurs, et dans notre droit, comme nous verrons dans le 3^e paragraphe de ce chapitre, le recours est assuré de plusieurs manières, mais il n'en est pas moins certain que toujours et dans tous les cas, il a sa cause dans un paiement fait par autrui. Le codébiteur qui acquitte toute la dette n'a *qu'un droit*, celui de se faire rembourser les avances qu'il a faites, et ce droit est assuré de diverses façons.

De ce que le recours du codébiteur qui paye pour ces codébiteurs a, dans tous les cas, *une cause unique*, il

s'en suit qu'il doit avoir nécessairement dans tous les cas les mêmes effets ; que la solidarité soit donc légale ou conventionnelle, qu'il s'agisse de celle établie par l'article 2002 C. civ., ou de celle qu'établit l'article 55, C. pén., il doit être assuré exactement de même sorte, lorsqu'un autre rapport de droit particulier, société, mandat *exprès*, cautionnement, ne vient pas s'y joindre pour le garantir davantage.

Jusqu'ici, je suis d'accord avec M. Demolombe (n^{os} 421 et suiv.), et au contraire en désaccord avec Pothier (n^{os} 280, 281 et 282) et un grand nombre d'auteurs (V. notam. M. C. de Santerre, t. I, n^o 147 *bis* II), qui, ne séparant peut-être pas assez nettement la cause du recours des moyens par lesquels il s'exerce, lui reconnaissent deux sources, un droit né d'un rapport de société, de mandat ou de cautionnement mutuel entre les codébiteurs, et un droit particulier naissant de la subrogation aux droits du créancier. Mais maintenant, il faut me séparer de M. Demolombe, la thèse que je soutiens, que l'*idée du mandat est étrangère à la dette solidaire* m'y force ; et il m'est impossible d'appliquer l'art. 2001 du Code civil à des débiteurs solidaires lorsqu'il n'est pas intervenu entre eux un mandat *exprès* de payer le créancier.

Que dit en effet cet article ? Que le mandataire aura droit à l'intérêt de ces avances du jour où il les aura faites : or, s'il n'y a pas de mandat, il n'y a pas de mandataire, celui qui paye pour autrui ne jouit aucunement du même avantage. Le système de M. Demolombe qui accorde le bénéfice de l'art. 2001 au codébiteur qui paye même dans le cas de solidarité établi par l'art. 55 C. pén., a le grave tort d'accorder le privilège réservé au mandataire seul là où il y a tout au plus gestion d'affaires, et celui des autres auteurs qui refusent le même béné-

fice seulement au codébiteur qui paye dans le cas de cet art. 55, a le tort non moins grave d'introduire des classes de débiteurs solidaires plus ou moins protégés là où la loi ne distingue pas, et de méconnaître la source unique et identique du recours. — L'action du codébiteur contre ses codébiteurs a donc toujours et partout même cause et mêmes effets, abstraction faite bien entendu des rapports particuliers qui peuvent avoir lié les uns aux autres les codébiteurs. (Voy. notam. le cas prévu par l'art. 1216, et l'art. 1431, où une présomption de cautionnement est écrite.)

Mais dans quels cas le recours a-t-il lieu ?

Le recours a lieu et peut s'exercer, non seulement lorsqu'un codébiteur paye la totalité de la dette, mais encore lorsqu'il n'en paye qu'une portion, dès que cette portion dépasse sa part, pour le surplus.

Alors, en effet, il paye pour le compte d'autrui, il fait une avance pour ses codébiteurs. L'art. 1214, il est vrai, ne parle de recours que lorsque la dette a été payée « en entier », mais il ne statue que sur le cas ordinaire, et pour marquer que même alors le recours doit être divisé, et il y a les mêmes raisons d'appliquer sa décision lorsqu'un codébiteur paye plus que sa part sans payer la totalité. (Nancy, 21 février 1877.)

Le codébiteur solidaire peut-il comme la caution, simple ou solidaire, recourir contre son codébiteur avant d'avoir payé, dans les hypothèses prévues par l'art 2032 ?

Non certainement, en général (1), car le codébiteur solidaire n'a ni le caractère, ni les mêmes droits que la caution (V. l'appendice du chapitre précédent), et un re-

(1) Sauf bien entendu le droit d'appeler en garantie les autres codébiteurs que nous lui avons reconnu aussi bien qu'à la caution (art. 2032, 1°).

cours à son profit ne peut exister avant d'avoir une cause. (Riom, 18 août 1840 et arrêt de Nancy déjà cité; Demol., n° 427. — *Cont.*, Laromb. et Rodière, n° 131.) Mais lorsqu'il s'agit d'un seul codébiteur intéressé réellement à la dette, ou d'un mari obligé solidairement avec sa femme, les autres codébiteurs, ou la femme, qui, aux termes des art. 1216 et 1431, ne sont considérés que comme des cautions, ne peuvent-ils pas invoquer l'art. 2032? Non encore, à notre avis, quoique la question soit ici beaucoup plus délicate.

C'est en effet seulement vis-à-vis de leur codébiteur qu'ils sont cautions, et l'art. 2032 peut, dans certains cas, léser les droits du créancier (V. 3°, 4° et 5°, 2032), et de plus il ne sont traités comme cautions qu'au point de vue du recours; il faut donc que le droit au recours soit né déjà, c'est-à-dire qu'un paiement ait été fait soit par le codébiteur, soit par le mari, pour qu'on puisse leur appliquer les règles du cautionnement (1).

Le créancier peut, tout en faisant à l'un des débiteurs une remise gratuite totale ou partielle de la dette, lui transporter ses droits contre les autres pour tout ce qui dépasse sa part. Mais il y aura là, non pas une simple remise de dette qui n'est assujettie à aucune formalité, bien qu'on l'ait soutenu (Duranton, II, n° 227; Larombière, art. 1285, n° 17), mais un véritable transport de créance, soumis comme tel à toutes les formes et règles des donations.

Si le créancier, au lieu d'avoir transporté sa créance à un débiteur en lui faisant remise de sa part, lui avait volontairement remis le titre qui la constate, ce qui, aux

(1) Ajoutez qu'au cas de faillite d'un des obligés solidaires (2°, 2032), la loi donne des solutions particulières (art. 441, 542 et suiv.).

termes des art. 1382, 1383, 1384, prouve la libération, et fait présumer la remise de la dette ou le paiement, le débiteur qui a le titre entre les mains peut-il recourir contre ses débiteurs en se fondant sur ce que le paiement est présumé à son profit? Non, car la loi a établi les présomptions des art. 1282 et suiv. uniquement en faveur des débiteurs contre le créancier, et non point en faveur des débiteurs les uns contre les autres. La présence du titre entre les mains de l'un d'eux ne s'explique que par sa libération, mais cette libération peut être aussi bien le résultat d'une remise que d'un paiement, et dans ce cas le recours n'aurait pas de raison d'être (art. 1285). Le codébiteur qui prétend qu'il y a eu paiement, et qui veut tirer de là un droit, doit donc prouver le droit de ce paiement conformément au principe général de l'art. 1351.

§ II. — Proportion suivant laquelle s'exerce le recours

La solidarité qui n'existait que vis-à-vis du créancier, a été éteinte par le paiement fait, au moins quant à la partie payée, l'obligation est donc seulement conjointe lorsqu'il s'agit d'exercer le recours, et dès lors l'art. 1214, d'après lequel « le codébiteur d'une dette solidaire qui l'a payée en entier, ne peut répéter contre les autres que les parts et portions de chacun d'eux », et surtout l'art. 1213, aux termes duquel « l'obligation contractée solidairement envers le créancier se divise de plein droit entre les débiteurs, qui n'en sont tenus entre eux que pour leur part et portion », ne sont que l'expression du droit commun en matière d'obligations. Nous trouvons en effet la même solution consacrée et pour des raisons identiques dans l'art. 875, où il est dit que le co-

héritier ou successeur universel qui, par l'effet de l'hypothèque, (laquelle jouait le même rôle que la stipulation de solidarité), a payé au-delà de sa part dans la dette commune, n'a de recours contre les autres cohéritiers que pour la part que chacun d'eux doit personnellement supporter, et dans l'art. 2033 qui n'accorde aussi à la caution qui paye contre chacun de ses cofidéjusseurs qu'un recours dans la limite de sa part.

On peut donc établir dans notre droit la règle générale suivante en matière de recours : Lorsqu'il y a plusieurs coobligés à une même dette, et que l'un d'eux a, en soit volontairement, soit forcé par le caractère même de son obligation, payé la totalité au créancier, il ne peut jamais exercer de recours contre un quelconque de ses coobligés, que pour sa part et portion, et non pour tout ce qu'il a payé au delà de sa propre dette, *malgré la subrogation aux droits du créancier qui a lieu de plein droit à son profit.*

Cette règle a deux raisons, l'une juridique et déjà esquissee en tête de ce chapitre, c'est que l'obligation envers le créancier ayant été éteinte par le payement jusqu'à due concurrence, elle ne saurait subsister avec ses effets, c'est-à-dire avec le droit de demander la totalité de la dette au profit de celui qui a fait le payement ; il n'acquiert qu'une créance ordinaire, fondée sur le payement qu'il a fait pour autrui et dont les débiteurs sont tout naturellement simples débiteurs conjoints. L'autre raison est toute de pratique : si le codébiteur qui a payé pouvait recourir pour tous ses déboursés moins sa part contre l'un de ses codébiteurs, il ne les mettrait point tous en cause, et celui qui serait condamné pourrait à son tour demander à un troisième coobligé tout ce qui ne le concerne pas personnellement dans la dette : ce

troisième pourrait le réclamer à un quatrième, et ainsi de suite. Avec la division du recours, au contraire, il est certain que tous les débiteurs seront actionnés simultanément, et qu'une seule poursuite suffira pour la liquidation des recours et des insolvabilités. C'est d'ailleurs ce qui aura presque toujours eu lieu par l'exception de garantie.

Passons maintenant à l'application de la règle, et déterminons exactement dans quelle proportion le recours s'exercera.

Il faut distinguer deux cas :

1° *Tous les codébiteurs ont un intérêt dans la dette.*

— Dans ce cas, qui est le plus ordinaire, chacun devra payer la part qui le concerne au codébiteur qui l'a libéré d'autant.

Ils sont naturellement présumés avoir eu un intérêt égal, ils peuvent donc être poursuivis pour une part virile : si le codébiteur qui a acquitté la dette prétend que leur obligation personnelle était plus considérable, c'est à lui à le prouver, de même que ce serait à eux de démontrer qu'il n'ont profité que d'une part plus faible.

Si un ou quelques-uns des codébiteurs se trouvent insolubles, « la perte qu'occasionne leur insolvabilité se répartit par contribution entre tous les autres codébiteurs solvables, et celui qui a fait le payement. » C'est là une disposition toute naturelle : l'insolvabilité ne peut pas rester à la charge de celui qui a fait l'avance de la totalité de la dette, c'en est une aggravation qui se répartit comme la dette elle-même, et dans la même proportion, entre les codébiteurs.

Lorsque le créancier a renoncé à l'action solidaire envers l'un des débiteurs comme cette renonciation ne peut avoir pour effet d'empirer la condition des autres,

s'il survient des insolvabilités le débiteur déchargé de la solidarité sera forcé d'en supporter sa part contributoirement avec ses coobligés (art. 1215).

Soit quatre codébiteurs solidaires par égales parts d'une somme de 4,200 fr., le créancier a déchargé Primus de la solidarité, il ne peut plus poursuivre les autres que déduction faite de sa part, 3,000 fr. (art. 1210). Secundus poursuivi lui paye 9,000 fr., mais quand il recourt contre Tertius pour les 3,000 fr. qui composent sa part, celui-ci se trouve insolvable. Si le créancier n'avait pas déchargé Primus de la solidarité, la perte de 3,000 fr. résultant de cette insolvabilité se répartissant entre lui, Secundus et Quartus, mettrait à la charge de chacun 1,000 fr. ; or il est bien clair qu'en le déchargeant de la solidarité, le créancier n'a pas pu faire retomber sur Secundus et Quartus la perte de 1,000 fr. qu'il devait supporter. Il peut bien décharger Primus d'une obligation envers lui, mais non d'une obligation envers ses codébiteurs, à moins qu'il ne la prenne à sa charge.

Et ici s'élève la question de savoir si le créancier en déchargeant un débiteur de la solidarité, a entendu le décharger aussi des risques d'insolvabilité pour les assumer lui-même, ou bien si, au contraire, il n'a voulu que lui remettre l'obligation de faire l'avance de la part de ses codébiteurs, sans entendre supporter lui-même aucune charge. En d'autres termes, sera-ce bien le débiteur déchargé de la solidarité qui prendra sa part des insolvabilités, ou le créancier ?

Beaucoup d'auteurs soutiennent que ce sera le créancier. En effet, dit-on, c'était l'opinion de Pothier (n° 275), et cette opinion était conforme aux principes : le créancier a renoncé à la solidarité en faveur d'un débiteur, or la solidarité produisait ce double effet, de l'obliger à

faire l'avance de la part des autres, et à contribuer aux insolvabilités; ce dernier effet doit être compris comme le premier dans la renonciation. Le débiteur devenu conjoint par un acte de volonté du créancier doit être traité comme tel à tous les points de vue. Ce n'est pas tout ; qu'on suppose que tous les codébiteurs soient insolvable, il faudra, dans le système adverse, décider que le débiteur déchargé de la solidarité payera toutes leurs parts : de sorte que la décharge n'aura produit aucun effet et que le créancier pourra demander comme auparavant le total de la dette au débiteur qu'il a entendu favoriser.

S'il s'agissait de refaire la législation sur ce point, peut-être donnerions-nous la préférence au système qui précède, quoiqu'il nous paraisse peut-être étendre à la remise de la solidarité les effets de la remise de la dette. Mais en présence et du texte du Code, et des travaux préparatoires, il ne saurait se soutenir. En effet, non seulement l'art. 1215 dit « que la portion des insolvable sera contributoirement répartie *entre tous les débiteurs*, même entre ceux déchargés de la solidarité », sans parler aucunement du créancier, mais encore voici le sens que le tribunal lui donnait expressément : « La section est d'avis que *la perte résultant de l'insolvabilité ne doit nullement regarder le créancier*, mais qu'elle doit être supportée par les débiteurs déchargés de la solidarité comme par ceux qui ne le sont pas(1). (Loché, t. XII p. 279. V. aussi rapport de M. Favart, p. 445.)

(1) Dans le cas prévu par l'art. 1214, 1^o, où le créancier forme contre un débiteur solidaire une demande « pour sa part », remarquons que les insolvabilités se répartissent jusqu'à l'acquiescement ou jusqu'au moment où le jugement a acquis force de chose jugée, tandis que lorsqu'il s'agit de plusieurs cautions, le créancier les supprime par le seul fait de la division de son action (art. 2027).

Et M. Bigot-Préameneu n'était pas moins explicite dans l'exposé des motifs : « La division de la dette , disait-il, n'a pu être consentie, ni acceptée que sauf le droit d'autrui ; ainsi le débiteur déchargé de la solidarité envers le créancier a dû compter qu'il lui restait encore une obligation à remplir à l'égard de ses codébiteurs, au cas d'insolvabilité de quelques-uns d'entre eux. » (Fenet, t. XIII, p. 255). L'intention des rédacteurs du Code de faire supporter au débiteur même déchargé de la solidarité une part proportionnelle des insolvabilités ne saurait donc faire de doute. Et leur solution s'explique aussi bien que le système contraire : le créancier a déjà concédé un avantage assez grand au débiteur en l'affranchissant de l'obligation de faire l'avance de la part de ses coobligés, pour qu'il ne soit pas présumé s'être engagé à supporter des pertes éventuelles : une renonciation à un droit doit avoir des effets limités, c'est un principe général. Si le créancier, par la remise, entendait aussi soustraire le codébiteur aux chances des insolvabilités futures et les prendre à sa charge, il faudrait qu'il s'en expliquât formellement, car cette convention aurait pour résultat d'accroître l'effet libératoire attribué par la loi à la décharge de la solidarité. (Cass., Req., 7 juin 1882.)

Le recours du débiteur qui a payé ne comprend pas seulement la part du codébiteur et une portion des insolvabilités s'il en survient, il comprend encore les intérêts de l'avance qu'il a faite, mais uniquement dans les

(1) Au contraire, au cas de confusion, lorsque le créancier devient héritier d'un des débiteurs, et dans le cas où il lui fait remise, non plus de la solidarité, mais de la dette, il se trouve obligé de supporter la part des insolvabilités que ce débiteur aurait dû prendre à sa charge (art 1209 et 1285).

cas où il a payé en qualité d'associé, de mandataire, ou de caution de ses codébiteurs, et même des dommages-intérêts s'il y a lieu dans cette dernière hypothèse (art. 1852, 2001, 2028 ; — V. *supra*, § 1), ou bien encore, grâce à la subrogation, lorsque la dette solidaire était elle-même productive d'intérêts.

Si en effet, comme nous l'avons dit au paragraphe précédent, il n'existait entre les codébiteurs aucun rapport exprès de société, de mandat ou de cautionnement, comme dans le cas prévu par l'art. 55 C. pén., celui d'entre eux qui payerait n'aurait à notre avis, droit aux intérêts que dans les conditions de l'art. 1153 ; toute personne qui fait une avance pour autrui n'ayant pas en effet par là même droit aux intérêts de ce qu'elle a payé du jour de l'avance.

Le codébiteur condamné aux frais ne me paraît pas non plus avoir le droit d'y faire contribuer pour leur part ses codébiteurs, à moins qu'il ne les ait formellement appelés en garantie, ou bien qu'il ne se soit trouvé vis-à-vis d'eux dans la position de caution et qu'il leur ait dénoncé les poursuites dirigées contre lui (art. 2028). Si, en effet, il a appelé ses coobligés en garantie, les frais auront été faits dans l'intérêt commun et valablement payés pour autrui ; ils seront donc compris dans le recours ; dans le cas contraire ils seront pour lui la peine du plaideur téméraire et devront rester à sa charge.

Lorsqu'un des débiteurs, au lieu de payer la totalité de la dette n'en a payé qu'une partie, il a néanmoins un recours dans la même proportion contre ses codébiteurs et cela aussi bien lorsque l'acompte payé est inférieur à la part qui le concerne personnellement que lorsqu'il l'a dépassé. Ce résultat est certain, d'abord en ce qui

regarde les intérêts ou arrérages échus et les seuls termes exigibles du capital, qui ont été payés, car alors c'est une dette indépendante et complète, la seule qui pût être demandée, qui a été acquittée *en entier* ; mais il ne fait pas plus doute à notre avis, lorsqu'il s'agit d'une portion de toute la dette actuellement exigible. En effet celle-ci ne se divise qu'au point de vue de la répartition définitive et du recours ; jusque-là elle est une, et pèse sur chacun des débiteurs en totalité et avec la même énergie. Donc tout ce que l'un paye, tourne à la décharge des autres ; 10 fr. payés par lui, ne sont pas 10 fr. payés sur sa part, ils sont payés comme acompte sur toute la dette solidaire qui porte sur chacun ; c'est autant de moins que le créancier pourra leur demander, et puisqu'ils ont profité du paiement partiel, ils doivent y contribuer dans la même proportion qu'ils auraient contribué au paiement total, c'est-à-dire selon leurs intérêts respectifs.

Ainsi la nature de la dette solidaire nous paraît exiger qu'un des codébiteurs puisse, au cas de paiement partiel de la dette commune, si faible qu'il soit, en faire partager le fardeau à ses codébiteurs proportionnellement à leurs intérêts, sans distinguer si le montant de ce paiement dépasse ou non sa part personnelle. (Laromb., art. 1214, n° 5 ; Demol., n° 446. — *Cont. Rodière*, n° 141.)

Dans l'hypothèse prévue par l'art. 55 (C. pén.) celui des codélinquants qui a acquitté l'obligation commune, a nécessairement un recours, fondé, nous le verrons plus tard, sur le paiement qu'il a fait à la décharge des autres. Si les juges n'ont pas déterminé la part pour laquelle chacun des coobligés doit contribuer aux amendes, restitutions et frais, le fardeau s'en partagera

également entre eux ; si au contraire ils ont, à raison des circonstances et eu égard à l'inégale participation de chacun au crime et au délit, réparti inégalement le montant de l'obligation, le recours s'exercera suivant la proportion indiquée au jugement. (Laromb., II, art. 1202, n° 21 ; Rodière, n° 315. — Cass., 3 juin 1843.)

2° *Un seul des codébiteurs est intéressé à la dette.* — Le codébiteur est tenu de toute la dette vis-à-vis des autres qui ne sont considérés par rapport à lui que comme ses cautions (art. 1216).

Que le codébiteur seul intéressé à la dette soit tenu d'en rembourser la totalité, c'est l'application pure et simple de l'art. 1214 : « sa part et portion » était du montant intégral de l'obligation, elle peut être répétée tout entière contre lui (1). Mais la disposition portant que les autres codébiteurs seront considérés comme les cautions du coobligé seul intéressé, est exceptionnelle.

Nous montrerons en effet, dans notre seconde partie, qu'un codébiteur solidaire ne saurait pas plus être considéré comme la caution des autres, pour la part qui les concerne, que leur mandataire. Mais ici, par égard pour la situation particulièrement favorable des codébiteurs qui rendent un service encore plus grand que des cofidéjusseurs en assumant une responsabilité plus considérable dans l'intérêt d'autrui, la loi leur reconnaît un caractère qu'elle leur dénie ordinairement.

Cependant, vis-à-vis du créancier, tous les codébi-

(1) De même, au cas de confusion opérée entre le créancier et le débiteur seul intéressé, ou de remise de la solidarité à lui faite par le créancier connaissant sa situation, celui-ci, par le seul effet des principes de la dette solidaire, ne peut rien demander aux autres coobligés qui n'ont pas « de part » dans l'obligation.

teurs sont solidaires, c'est-à-dire également obligés (1), sur le même pied, et sans autre différence entre eux que celle qui résulte de la nature des choses ; ce n'est qu'une fois le créancier désintéressé au point de vue du recours, que ceux qui ont payé la dette sans y avoir d'intérêt peuvent invoquer leur qualité de cautions. De là la règle suivante : toutes les fois que les dispositions relatives au cautionnement pourront avoir un effet si faible qu'il soit contre le créancier, elles sont inapplicables ; lors au contraire que ces dispositions ont pour unique résultat de mieux assurer le recours du débiteur non intéressé, il faut les appliquer. (V. Fenet, t. XIII, p. 156.)

C'est ainsi que, comme des codébiteurs solidaires ordinaires, ceux qui ne sont pas intéressés à la dette, ne peuvent opposer ni le bénéfice de discussion, ni le bénéfice de division, et qu'à la différence des cautions même solidaires, ils ne pourraient opposer au créancier ni la compensation de ce qu'il devrait au débiteur seul intéressé, ni la remise qu'il lui aurait faite sans connaître sa situation particulière (art. 1294 et 1210). Ils ne pourront pas non plus invoquer l'art. 2032, malgré la divergence d'un grand nombre d'auteurs sur ce point (voy. *supra*), car l'application de cet article qui leur permet de recourir avant d'avoir payé, peut porter atteinte aux droits du créancier.

(1) Dans leurs rapports avec le créancier, les différents auteurs sont, si le titre ne s'exprime pas sur ce point, réputés intéressés également, et c'est pour cela que lorsqu'il s'agira d'appliquer l'art. 1210, notamment, il ne faudra jamais déduire que la part virile du débiteur déchargé de la solidarité, à moins qu'il ne soit prouvé que le créancier a eu connaissance des conventions entre les codébiteurs.

Au contraire, les codébiteurs qui désintéresseront le créancier auront le droit, grâce à leur qualité de cautions, d'obtenir des dommages-intérêts, s'il y a lieu, de leur coobligé qu'ils ont libéré (art. 2028) et d'exercer un recours pour le tout avec subrogation, en vertu de l'art. 2029. De même, ils auraient eu recours les uns contre les autres, chacun pour une part virile, au cas d'insolvabilité de celui qui joue le rôle de débiteur principal.

Du cas où un seul des débiteurs étant intéressé à la dette, les autres sont considérés comme ses cautions, nous pouvons rapprocher celui où une caution a été fournie par tous les codébiteurs ou par l'un d'eux seulement.

Si la caution a été donnée par tous les codébiteurs, pas de difficultés : aux termes de l'art. 2030, elle a contre chacun d'eux recours pour le total de ce qu'elle a payé.

Si la caution, au contraire, n'a cautionné qu'un seul des débiteurs solidaires, il résulte *a contrario* de cet article 2030, qu'elle ne devra pas, malgré la subrogation, avoir un recours pour la totalité de la dette contre chacun des codébiteurs solidaires.

Quelle sera alors la situation de la caution ?

Tout d'abord, il va de soi qu'elle pourra poursuivre pour le tout le codébiteur qu'elle aura cautionné, mais elle n'aura de recours contre les autres que pour la part et portion de chacun. — Le codébiteur solidaire, en effet, qui a donné une caution, ne peut pas avoir par là empiré la situation de ses codébiteurs. S'il avait payé lui-même la dette, il n'aurait, aux termes de l'art. 1214, de recours contre ses codébiteurs que pour leur part et portion : si donc il a fourni une caution qui a payé à

sa place, il ne peut pas se faire que cette caution ait un recours plus étendu que celui qu'il aurait eu lui-même, s'il avait payé. Autrement dit, *la caution qui paye est subrogée aux droits du créancier, comme l'aurait été le codébiteur qui l'a fourni, s'il avait payé.*

Si un seul des débiteurs est intéressé à la dette, et que ce soit lui qui ait fourni caution, il semblerait résulter de là que sa caution, après avoir payé, ne devrait pas avoir de recours contre les autres débiteurs, puisqu'il n'en aurait pas eu lui-même s'il avait payé. Et c'est ce qu'avait décidé un arrêt de la chambre des requêtes du 19 avril 1854. Il faut écarter, sans hésiter, cette solution, d'autant plus singulière que la loi déclarant les codébiteurs cautions du débiteur seul intéressé, ils se trouvent être cofidéjusseurs de la caution fournie, et soumis par conséquent chacun pour leur part à son recours (art. 2033), et accorder, avec un arrêt de la chambre civile du 10 juin 1861, à la caution le droit de recourir même dans ce cas.

Comment expliquer qu'au mépris de la règle précédemment énoncée, la caution ait un recours, alors que le codébiteur qui la fournit n'en aurait pas? Le voici : Si l'un des codébiteurs solidaires avait payé la dette, il serait subrogé dans les droits du créancier désintéressé vis-à-vis de la caution de son codébiteur (art. 1251, 3°) et la caution se trouve dans la même situation vis-à-vis de lui. Il y a donc conflit entre deux personnes également obligées de répondre de la dette d'autrui. Or c'est la règle générale entre personnes tenues en commun et subrogées réciproquement les unes aux autres, que le recours se divise de plein droit entre elles : la caution fournie par un des codébiteurs seul intéressé a donc, quand elle paye, un recours

proprio nomine contre chaque codébiteur solidaire sans considérer les rapports existant entre eux.

L'étendue du recours de la caution ne pourrait pas, dans les diverses hypothèses ci-dessus, bien que ceci ait été contesté, être modifiée par le créancier qui lui accorderait une subrogation conventionnelle. On a objecté qu'un tiers non caution pourrait obtenir ainsi recours pour le tout contre l'un des débiteurs ; mais on peut répondre que la caution est obligée à la dette avec les autres codébiteurs, tandis qu'il en est autrement d'un tiers qui paye.

§ III. — Moyens par lesquels le recours est assuré

Le codébiteur qui a désintéressé le créancier a fait l'affaire des autres, il leur a procuré leur libération : dès lors il naît à son profit une créance contre eux, mais une créance purement chirographaire le plus souvent, et dépourvue de toute sûreté particulière.

L'ancien droit, pour mieux assurer son recours, lui accordait, à l'exemple du droit romain, quand il s'agissait de *correi socii* ou de débiteurs *in solidum*, le bénéfice de cession d'actions sous le nom de subrogation ; il pouvait toujours, au moment du paiement, requérir la cession des actions du créancier, la subrogation à ses droits, et se trouvait par là investi vis-à-vis de ses codébiteurs de tous les avantages attachés à la créance.

Dumoulin (*Prima lectio Dolana*, n^{os} 19 et 20) soutenait, il est vrai, que la subrogation devait avoir lieu de plein droit, sans qu'il fût besoin de la requérir, au profit du codébiteur qui payait, « attendu, disait-il, que s'il peut acquérir la subrogation sous la seule condition de la requérir, il ne doit pas être présumé quand il paye purement et simplement, avoir renoncé à ce droit. Il est bien

plus rationnel de tenir légalement pour constante sa volonté d'acquérir cet avantage. » Mais cette opinion si judicieuse et si progressive était trop directement en opposition avec les textes du droit romain pour prévaloir; aussi Pothier (*Oblig*, n°280), après Renusson (ch. xvii, n° 68 et ch. ix, n° 5 et suiv.), la réfutait-il en ces termes, « Il ne suffit pas que le codébiteur acquittant la dette commune ne soit pas présumé renoncer à son droit, il faut qu'il paraisse avoir usé de cette faculté, ce qui ne paraît pas, s'il ne l'a point déclaré. Le débiteur qui paye ayant un autre motif pour payer que d'acquérir la subrogation, savoir celui d'éviter les contraintes du créancier et de libérer sa personne et ses biens, le paiement qu'il fait sans requérir la subrogation établit seulement qu'il a voulu se libérer et non pas qu'il ait voulu acquérir la subrogation. » Il n'était d'ailleurs pas besoin du consentement du créancier, la loi, suppléant à son refus, transférait la subrogation à qui la demandait à juste titre.

L'art. 1251, 3°, n'a pas suivi ce système, très logique avec une procédure formaliste, mais peu d'accord avec les progrès du droit, et a consacré la théorie de Dumoulin. « La subrogation légale, y est-il dit, a lieu au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette, a intérêt à l'acquitter. » Ce qui s'applique évidemment au débiteur solidaire.

Grâce à cette subrogation légale, le débiteur est substitué au créancier et jouit comme lui de toutes les sûretés et garanties attachées à la créance. Ce n'est pas à dire pourtant que le droit transmis par la subrogation sera nécessairement dans la personne du subrogé ce qu'il était dans la personne de l'ancien créancier. Les rapports particuliers qui existent entre le subrogé et les personnes tenues de la dette peuvent le modifier. C'est

ainsi que le codébiteur solidaire (art. 1214), la caution (2033), le cohéritier détenteur d'un immeuble hypothéqué à la dette héréditaire (art. 875), qui a acquitté l'obligation commune, ne peut, quoique subrogé aux droits du créancier, recourir contre chacun de ses coobligés, codébiteurs, cofidéjusseurs ou cohéritiers, que pour leur part et portion, et non pour la totalité de ce qui lui est dû.

Et la raison de ces décisions est simple : la subrogation aux droits du créancier est accordée par la loi pour sauvegarder les droits du coobligé qui a fait une avance pour les autres, non pour augmenter la quotité de ces mêmes droits : or il n'avait droit, pour des motifs fort justes et que nous avons développés antérieurement (V. § 2), qu'à un recours divisé, le recours est resté divisé malgré la subrogation (1).

Il faut conclure de là qu'une subrogation conventionnelle, consentie par le créancier ne saurait, nous l'avons déjà dit, avoir plus d'effet que la subrogation légale, et qu'il faudrait le consentement des autres débiteurs pour pouvoir les poursuivre pour la totalité du reste de la dette. En se faisant céder la créance sans fraude, le codébiteur qui a payé arriverait à ce résultat ; en se faisant subroger, jamais.

On est dans l'habitude de comparer les droits qui naissent au profit du codébiteur du paiement qu'il a fait pour ses coobligés et ceux qu'il peut tirer de la subrogation, et de mettre en parallèle *les deux actions* entre lesquelles il peut choisir. Nous ne saurions trop nous

(1) C'est ainsi que si des immeubles hypothéqués à la dette, se trouvent en la possession d'un des débiteurs solidaires, malgré l'indivisibilité de l'hypothèque, l'action hypothécaire ne serait exercée contre lui par son codébiteur subrogé que dans la limite de la part qui le concerne dans la dette commune.

élever contre cette classification en actions dans notre droit; elle existait en droit romain, et avait sa raison d'être; mais chez nous les juges demanderont-ils jamais à un plaideur par quelle action il veut agir en justice? Il se présentera avec tous les droits que la loi ou la convention lui donne.

Le codébiteur, dans notre espèce, n'aura donc pas d'option à faire entre une action née de son chef, et une autre née du chef du créancier par lui désintéressé. Il réclamera son remboursement de ses codébiteurs comme les ayant libérés; s'il avait reçu d'eux un mandat exprès, il aura droit aux intérêts de ses avances du jour où il les a faites (art. 2001); s'il était leur caution, il aura droit, non seulement aux intérêts, mais encore à des dommages-intérêts s'il y a lieu (art. 2028); si au contraire il n'était, comme dans le cas prévu par l'art. 55 du Code pénal, lié à eux par aucun rapport de droit lui assurant une situation particulièrement favorable, il n'aura qu'une créance de gérant d'affaires, chirographaire et productive d'intérêts seulement aux conditions de l'art. 1153. Mais dans tous les cas, s'il trouve un avantage quelconque à user, pour assurer son recours, des droits du créancier et des sûretés de quelque nature qu'elles soient, qu'il avait stipulées, l'art. 1251 lui permet de le faire. De telle sorte que s'il a payé comme mandataire de ses codébiteurs et si la créance étant garantie par une hypothèque, il peut tout à la fois réclamer les intérêts du jour du paiement, et faire vendre l'immeuble hypothéqué.

PARTIE II

DE LA PRÉTENDUE EXISTENCE D'UNE SOLIDARITÉ IMPARFAITE

Dans cette partie nous essayerons de démontrer les trois points suivants, qui feront le sujet d'autant de paragraphes différents : 1° Toutes les obligations solidaires ont en droit français le même caractère et les mêmes effets. Il n'y a pas de solidarité imparfaite. 2° En dehors des obligations solidaires et des obligations indivisibles, il ne peut jamais naître *d'un même fait ou d'un même contrat* des obligations qui pèsent en totalité sur plusieurs personnes à la fois. 3° Lorsqu'il se forme des obligations pour le tout à la charge de plusieurs en dehors de la solidarité et de l'indivisibilité, c'est toujours par suite du concours de plusieurs conventions indépendantes ou de plusieurs faits juxtaposés.

§ I. — Toutes les obligations solidaires ont, en droit français, le même caractère et les mêmes effets (1). Il n'y a pas de solidarité imparfaite.

Pour les obligations solidaires conventionnelles cela

(1) Sauf bien entendu, les modifications expresses que la loi elle-même y oppose. V. les art. 61 et 69, pr., les art. 167 et 169 C. com. qui contiennent des dérogations, les premiers à l'art. 1203, les seconds aux art. 1204 et 1206, et l'art. 1734 (ancien), qui permettait aux locataires, comme d'ailleurs la loi du 3 janvier 1883, de s'exonérer de la responsabilité mise à leur charge, en prouvant que l'un d'eux avait causé l'incendie, contrairement à l'art. 1203.

ne fait aucun doute, l'art. 1202 est formel, dès que la solidarité est « expressément stipulée » tous les effets énumérés dans les articles 1203 et suivants se produisent, à moins que la volonté des parties, toujours maîtresse d'écarter les dispositions qui ne reposent point sur l'ordre public, n'y ait dérogé.

Mais lorsqu'il s'agit des cas de solidarité légale, la doctrine presque unanimement prétend faire une distinction entre eux, et tandis qu'elle admet dans certaines hypothèses une véritable solidarité, telle que nous l'avons définie et développée dans notre première partie, dans d'autres, elle ne veut reconnaître qu'une solidarité imparfaite, n'ayant d'autre effet que d'obliger chacun des débiteurs à faire l'avance de la totalité de l'obligation (1203 et 1204). C'est, on le voit, la division romaine de l'obligation solidaire en deux classes (obligation corréale et *in solidum*) qu'on reconstitue, et pour soutenir cette thèse on se fonde, soit sur la lettre de la loi, soit sur les principes de la matière.

De la place même des art. 1205 et suivants, au titre des *contrats et obligations*, on déduit qu'ils sont absolument inapplicables en général aux obligations solidaires, qui ne naissent pas de contrats ou ne se rattachent pas au moins à un contrat.

Quant aux principes, on part de l'idée que la solidarité avec toutes ses conséquences suppose nécessairement soit un mandat réciproque, soit un cautionnement mutuel des codébiteurs, soit au moins des relations de société ou des « relations journalières » : partout où l'on rencontre des rapports de cette nature, les effets des art. 1205 et suivants s'expliquent, partout ailleurs ils ne peuvent se concevoir, et la solidarité n'est qu'imparfaite. (Aubry et Rau, t. IV, p. 19-21, § 298 *ter*; Rodière

n^{os} 105 et 175; Larombière, art. 1202, n^o 20 et suivants: Mourlon, II, 1259 et 1260; Bravard et Demang., *Trait. de Dr. commercial*, III, p. 218 et 220). Ainsi la distinction paraît nettement posée, mais lorsqu'il s'agit de préciser les cas dans lesquels il y a solidarité parfaite et ceux dans lesquels la solidarité prononcée par la loi n'est qu'imparfaite, les plus grandes divergences se produisent entre les auteurs. Tandis que d'après MM. Aubry et Rau, il y a solidarité parfaite de tous points assimilable à la solidarité conventionnelle dans toutes les dispositions légales qui sont « simplement déclaratives de la volonté des parties (art. 1887 et 2002) » et dans celles « où la solidarité est rattachée à une obligation conventionnelle préexistante » (art. 296 et 1003 C. civ., 22, 118, 140, 189 C. com.), et solidarité imparfaite au contraire lorsqu'elle est prononcée par des dispositions « qui dans des vues d'ordre public ou pour la garantie de certains intérêts soumettent plusieurs personnes à la responsabilité solidaire des suites d'un fait dommageable » (art. 395, 1442, 1734 C. civ., 55 C. pén., art. 156, déc. 18 juin 1811), d'après Mourlon, c'est lorsque « les codébiteurs ont entre eux des rapports fréquents et se connaissent », qu'il y a véritable solidarité : d'où il conclut qu'elle existe entre la mère et son nouveau mari dans le cas de l'article 395, et qu'elle est imparfaite entre les signataires d'une lettre de change ou billet à ordre « qui ne se connaissent pas ». MM. Bravard et Demangeat, et Rodière, admettent la même solution dans cette dernière hypothèse; M. Colmet de Santerre s'y rallie aussi, mais dans tous les autres cas où la loi prononce la solidarité, il la reconnaît parfaite.

Enfin, en nature commerciale, tandis que les auteurs précédents admettent en général, comme en matière

civile, qu'il n'y a solidarité, qu'elle soit parfaite ou imparfaite, que dans les cas prévus par la loi (art. 22, 118, 140, 187), M. Rodière la déclare de droit commun dès qu'il y a plusieurs personnes obligées en vertu d'un même contrat. (V. dans le même sens : Pardessus, *Dr. com.*, I, n° 190; Rolland, *Dict. du not.*, oblig. n° 39.)

Comme on le voit, l'arbitraire le plus grand préside aux solutions des interprètes, « et comment s'entendraient-ils, dit avec raison M. Laurent (t. XVII, p. 341 et suiv.), alors qu'il n'y a aucun texte qui reconnaisse la solidarité qu'ils appellent imparfaite? Dans le silence du Code, chacun fait la loi à sa guise. »

C'est qu'en effet le législateur ne reconnaît nulle part deux espèces de solidarité : il ne distingue pas des débiteurs solidaires dans certains cas, et « tenus solidairement » ou « responsables solidairement » ou « *in solidum* » dans d'autres.

L'art. 1202 dit seulement, après avoir énoncé le principe « que la *solidarité* ne se présume point, et qu'il faut qu'elle soit expressément stipulée », « cette règle ne cesse que dans les cas où la *solidarité* a lieu de plein droit, *en vertu d'une disposition de la loi*. » D'où il suit que pour trouver des cas de solidarité légale, il suffit de feuilleter les textes, et chaque fois qu'une responsabilité sera prononcée pour le tout à la charge de plusieurs débiteurs, ceux-ci seront solidaires, et solidaires dans le sens des art. 1205 et suivants, à moins que la loi n'ait expressément modifié les effets consacrés dans ces dispositions. Est-il possible maintenant de supposer que dans l'art. 1734 (ancien) et l'art. 55 C. pén. par exemple, les expressions « solidairement responsables » ou « tenus solidairement » ont une toute autre signification que dans les art. 395, 396, 1887 et 2002, et que le mot *solidarité*

a son sens technique dans le premier alinéa de l'art. 1202 et ne l'a plus dans le second ? Il faudrait, on l'avouera, les raisons les plus convaincantes pour admettre cette interprétation.

Le texte de la loi repousse donc toute distinction ; les vrais principes de la matière ne lui sont pas moins contraires.

Elle repose tout entière, en effet, sur une fausse analyse de l'obligation solidaire ; on l'introduit parce qu'on n'admet pas la solidarité véritable avec ses effets comme possible entre gens étrangers les uns aux autres. C'est là une opinion que nous allons nous attacher à réfuter ; pas plus en droit français, qu'en droit romain la corréalité, la solidarité ne suppose nécessairement des relations entre les codébiteurs.

1° *Chacun des débiteurs solidaires ne doit pas forcément être considéré comme le mandataire des autres pour la part qui ne le concerne pas dans l'obligation.*

— Je trouve la justification de cette proposition dans les textes et dans le caractère même de la solidarité ; quant aux textes, on n'y trouve nulle trace de ce prétendu mandat *ad perpetuandam et minuendam non ad augendam obligationem*, que se seraient donné les codébiteurs, on peut fort bien, et c'est ce que nous avons essayé de faire dans tout notre chapitre III, expliquer tous les effets attachés par le Code à la solidarité, sans être obligé de l'invoquer. Et il y en a d'autres au contraire qui sont absolument inconciliables avec l'idée de mandat ce sont les art. 1205 et 1207 qui permettent à l'un des débiteurs d'aggraver la position des autres, et surtout le deuxième alinéa de l'art. 1208 qui lui défend d'invoquer les exceptions qui leur sont purement personnelles et notamment la compensation (art. 1294), alors qu'un man-

dataire peut toujours opposer les exceptions quelles qu'elles soient qui appartiennent au mandant (1).

Si l'on s'attache spécialement à la solidarité légale, sera-t-il possible, comme le dit Mourlon, « de voir un mandat entre personnes qui peut-être ne se sont jamais vues, dans les cas prévus par l'art. 1734 ancien du Code civil, et surtout par l'art. 55 du Code pénal ? » Aussi s'est-on tiré d'affaire par une subtilité; on a dit (je parle ici des auteurs qui admettent tout à la fois la solidarité véritable dans ces hypothèses, et la théorie ou mandat comme base de l'obligation solidaire) : qu'il existait ici entre les codébiteurs déclarés solidaires un mandat légal. Mais qu'est-ce qu'un mandat légal ? Où trouve-t-on ses effets exposés ? Qu'est-ce qu'un mandat où il n'y a ni consentement du mandant, ni acceptation du mandataire, et qui ne finit ni par la révocation ou la mort de l'un, ni par la révocation ou la mort de l'autre ? N'est-il pas plus simple, au lieu de dire qu'il y a un mandat, de payer la part des autres codébiteurs imposée par la loi à chacun d'entre eux avec ou sans les conséquences énumérées dans les art. 1204 et suivants, de les dire chacun tenus de la totalité de la dette purement et simplement parce que le législateur l'a voulu ainsi, dans des vues d'ordre public et pour assurer des garanties à certains créanciers particulièrement favorables. Je ne vois aucune nécessité d'aller recourir au mandat pour expliquer les dispositions si rationnelles du Code sur la solidarité légale, et tous les effets qui lui sont attribués.

Ce prétendu mandat, contraire aux textes, n'est pas moins contraire au véritable caractère de la solidarité.

(1) C'est ainsi que le tuteur d'un interdit, qui est son mandataire légal, pourra opposer les exceptions qui lui sont purement personnelles.

Chacun des débiteurs solidaires est tenu de toute la dette comme s'il était seul, voilà ce que reconnaissent tous les jurisconsultes sans exception ; n'est-ce pas une contradiction flagrante que de dire ensuite : il est tenu de toute la dette comme s'il était seul, mais il ne doit que comme mandataire la part qui concerne ses codébiteurs ? Quelle est celle de ces deux assertions qui est la vraie ? La première évidemment, car il n'y a ni bénéfice de division, ni bénéfice de discussion, ni caractère accessoire d'aucune partie de l'obligation qui apparaisse dans la dette solidaire. C'est ce qui fait précisément son originalité propre.

En faveur de la théorie du mandat, on oppose deux arguments : d'abord l'autorité de la tradition, ensuite la division de la dette que la loi elle-même prononce en certaines circonstances (V. not. art. 1209, 1210 et suiv., et ce que nous avons dit de la suspension de prescription). — Quant à l'autorité de la tradition, il faut la reconnaître : presque partout Dumoulin et Pothier parlent d'un mandat entre les codébiteurs, et ils déduisent de cette idée une grande partie des effets de l'obligation solidaire. Mais d'où Dumoulin et Pothier eux-mêmes avaient-ils tiré cette analyse du lien solidaire ? Ce n'est pas, à coup sûr, dans les écrits des jurisconsultes romains qu'ils l'avaient trouvée (V. *Dr. romain*, p. II), ils l'avaient donc évidemment introduite, pour expliquer, comme encore aujourd'hui la majorité des auteurs, la possibilité donnée par les textes à un des codébiteurs d'invoquer les moyens de défense personnels aux autres jusqu'à concurrence de leur part, et justifier dans tous les cas son recours. Mais cette explication, satisfaisante pour certaines décisions des jurisconsultes, était impuissante à rendre compte de quelques autres, se trou-

vait souvent en contradiction manifeste avec elles (V. ce que nous avons dit sur les textes qui font la distinction entre les *correi socii* et *non socii*), et ne reposait certainement pas sur l'étude directe de la solidarité.

D'ailleurs si Dumoulin, dans son traité *Divid. et individ.*, pars II, n° 224, paraît avoir reconnu l'existence d'obligations où il y a une véritable solidité, si « *expresse constat*, » et d'autres dans lesquelles *nisi* « *hoc actum appareat, nec unus principalium ex facto alterius tenebitur, nec agnitio aut interruptio unius etiam heredem alterit nocebit, vel proderit* » (Pars. III, *ibid.*, n° 151). Domat et Pothier n'ont certainement jamais fait sortir de l'idée de mandat une semblable distinction. Voici comment s'exprime en effet le premier des jurisconsultes : « *Ce droit* (la solidité) *peut s'acquérir en deux manières, ou par l'effet d'une convention, comme si plusieurs empruntent une somme et s'obligent solidairement envers le créancier qui ne prête qu'à tous, et à cette condition de la solidité : ou par la nature même de la dette, comme si plusieurs personnes avaient commis quelque crime, quelque délit ou causé quelque faute qui leur soit commune.* » (*Lois civ.*, livre III, tit. III.) Et le second rejette aussi implicitement la solidarité imparfaite en attribuant à un des cas de solidarité dite imparfaite les effets de la solidarité conventionnelle : *Pareillement*, dit-il après avoir cité des exemples de solidarité née de la convention, « *si la dette solidaire procède d'un délit commis par quatre personnes, chacun est débiteur solidaire vis-à-vis de la personne contre qui le délit a été commis, mais entre eux chacun est débiteur pour la part qu'il a eue au délit, c'est-à-dire chacun pour son quart* (1). » (Pothier, *Oblig.* n° 264.)

(1) V. le n° 267 du même traité et surtout le n° 269 où Pothier re-

Mais pour soutenir que la solidarité avec ses effets ne saurait se concevoir sans un mandat, on tire argument de la division de la dette que la loi elle-même prononce quelquefois en exonérant un débiteur de la part qui concerne son codébiteur. On se réfère à tous les hypothèses dans lesquelles il peut invoquer les exceptions simplement personnelles à son coobligé, et on dit : si on suppose que le codébiteur est le mandataire de ses codébiteurs on comprend fort bien qu'il puisse opposer les exceptions appartenant à son mandant : dans le cas contraire, à quel titre puisqu'il est débiteur personnel, pourrait-il s'en prévaloir ?

Tout d'abord, je ferai remarquer, comme je l'ai déjà fait, qu'un mandataire pourrait aussi bien se prévaloir des exceptions purement personnelles à son mandant ; et comme le débiteur solidaire ne peut se prévaloir aucunement de celles qui sont propres à son codébiteur (art. 1208, 2°), il est bien prouvé qu'il n'est point son mandataire. Mais, en laissant ce point de côté, on peut répondre à l'argument que l'existence d'une exception simplement personnelle repose toujours ou sur un paiement partiel fait au créancier, ou sur une renonciation partielle de celui-ci à son droit : il en résulte que le créancier ne peut en demander la totalité, sans commettre ce que le droit romain appelait une *plus petitio*, puisque la dette se compose d'une même quantité et est unique pour tous les débiteurs.

2° *Chaque débiteur solidaire ne doit pas davantage être regardé comme la caution mutuelle de ses codébiteurs*

jette expressément l'opinion de Demoulin, qui, en se fondant sur les termes de la L. 8, §1, *De leg.*, ne voulait voir qu'une *quasi-solidité* dans l'obligation née d'un testament (nos 132-133).

pour la part qui les concerne. — En droit romain, c'est là une proposition absolument certaine : la nouvelle 99, en prévoyant le cas où ce cautionnement mutuel a lieu expressément, prouve qu'il ajoutait quelque chose à l'obligation. En droit français elle ne saurait être contestée davantage, bien que d'éminents auteurs l'aient prétendu (V. notam. M. Demante, *C. Analyt.*, t. V, n^{os} 133 et 135). L'art. 1216, en effet, reconnaît dans un cas déterminé le caractère de caution d'un des codébiteurs aux autres : cela suffit, ce me semble, pour exclure dans toutes les autres hypothèses la même qualité.

En dehors de cet argument de texte, nous avons montré par quels côtés le cautionnement, même solidaire, se distinguait de la solidarité (V. p. I, ch. III, *Appendice*) ; s'il fallait, pour la part qui concerne ses codébiteurs, assimiler l'obligation de chacun à l'obligation d'une caution solidaire, il serait évidemment nécessaire d'appliquer jusqu'à concurrence de cette même part les principes qui régissent cette dernière, solution que nous avons formellement repoussée à plusieurs reprises. Ou, si, ce que quelques auteurs n'ont pas hésité à faire, on prenait certaines décisions relatives au cautionnement pour laisser les autres, trop contraires à la nature de la solidarité, comme l'art. 2037 par exemple, on arriverait à un cautionnement particulier, tout différent du cautionnement ordinaire, et impossible à lui assimiler. Dès lors à quoi bon introduire une idée de cautionnement dans l'obligation solidaire, puisqu'elle ne servirait de rien qu'à compliquer les questions qui s'y rapportent.

Ainsi ni mandat réciproque, ni cautionnement mutuel paressence, dans l'obligation solidaire, dont tous les effets s'expliquent rationnellement et logiquement par la seule unité d'objet et de dette jointe à la pluralité des biens

principaux pesant sur chaque débiteur; un mandat exprès ou un cautionnement exprès peuvent bien venir s'y rattacher pour fournir au débiteur qui recourt certains avantages, et notamment ceux des art. 2001 et 2028, mais ils n'auront en général aucune influence vis-à-vis du créancier (arg. des art. 1216 et 1431). Telle est notre théorie sur la nature de la solidarité en droit français. Sans doute, il y a une certaine idée de garantie mutuelle dans le fait de répondre les uns pour les autres d'une même dette, sans doute aussi une certaine idée de société dans le fait d'être réunis dans une seule obligation, mais ces idées sont trop vagues pour pouvoir être assimilées à la notion du cautionnement ou du mandat dans leur sens technique, et s'ils ne sont pas pris dans leur sens technique, leur introduction ne sert à rien qu'à compliquer les questions et souvent même à les fausser, sans expliquer mieux le caractère de la solidarité.

De ce que la dette solidaire ne contient par essence ni cautionnement, ni mandat, il faut conclure : 1° qu'il n'y a pas de raison pour distinguer entre les hypothèses où la loi la met comme une sorte de peine à la charge de gens qui ne se connaissent pas, et ceux où elle naît d'une convention entre personnes ayant des rapports d'intérêt; ce qui exclut toute division en solidarité parfaite et imparfaite, en obligations solidaires et *in solidum*, et en cas où la solidarité existerait de plein droit sans condamnation, alors que dans d'autres elle n'existerait (art. 395, 1442, 1734 C. civ., 55 C. pén.), avec tous ses effets qu'après une condamnation prononcée solidairement par les tribunaux contre les codébiteurs (1) (V. Aubry

(1) *Sic*, M. Duverger à son cours; MM. Demolombe, n° 262 et suiv.; C. de Santerre, t. V, n° 133 bis III; Laurent, t. XVII, n° 313

et Rau, IV, p. 20 et 21 et not. 8). 2° Que le débiteur qui a payé la totalité de la dette, n'a droit aux intérêts de son avance, en général, que dans les conditions de l'art. 1153.

§ II. — En dehors des obligations solidaires et des obligations indivisibles, il ne peut jamais naître d'un même fait ou d'un même contrat des obligations qui pèsent en totalité sur plusieurs personnes à la fois.

Nous venons de démontrer que la solidarité est de même nature dans tous les cas où la loi la prononce ; mais on prétend en dehors d'elle faire résulter une responsabilité pour le tout des art. 1382 et 1383 (C. civ.), lorsque plusieurs personnes se trouvent obligées en vertu de ces dispositions.

Voici comment se pose la question :

Plusieurs personnes, par une faute commune, commise soit dans un contrat soit en dehors de toute convention, et constituant, aux termes des art. 1382 et 1380, un délit civil ou un quasi-délit, ont causé un dommage à autrui, sont-elles tenues chacune en totalité de le réparer ?

Oui, répondent sans hésiter la jurisprudence et la doc-

et suiv. et toute la jurisprudence qui ne fait aucune distinction : V. not. Cass. : 15 janv. 1878 et 12 janv. 1881.

Quant au système qui admet la solidarité comme étant de droit commun, en matière commerciale, par cela seul que plusieurs personnes s'obligent ensemble, quelque autorité qu'il puise dans la pratique de notre ancien droit, il ne saurait se soutenir aujourd'hui, par cette simple raison que : « Si en matière commerciale la solidarité avait toujours lieu de plein droit, il eût été fort inutile de déterminer des cas dans lesquels elle a lieu par la volonté de la loi. » Massé, *Droit commercial*, III, n° 1913).

trine (1), à moins qu'on ne puisse déterminer la part de faute imputable à chacun des auteurs du dommage, auquel cas ils n'en sont tenus que jusqu'à concurrence de cette part. Mais quant aux conditions nécessaires pour faire naître cette responsabilité, les divergences les plus grandes se produisent : alors que certains arrêts, et quelques auteurs exigent que le dommage dont il est dû réparation soit « le résultat d'un concert, d'une faute commune et concertée » (V. not. arrêts Cass., 29 déc. 1852, 3 mai 1865, et Aubry et Rau, *loc. cit.*), les autres l'appliquent indépendamment de tout concert et de toute communauté d'intérêts, et même dans le cas où le préjudice est causé par la réunion *de plusieurs quasi-dé-lits indépendants ou de plusieurs faits dommageables*, uniquement à cause de l'indivisibilité du dommage. C'est ainsi qu'un arrêt remarquable de la Cour de cassation du 11 juillet 1826, condamnait les propriétaires de plusieurs établissements industriels à réparer, chacun en totalité, le dommage causé à un propriétaire voisin par la réunion et l'agglomération des vapeurs qui s'échappaient de leurs usines. (V. la même solution dans un arrêt de la Cour d'Aix rendu dans une espèce analogue, le 14 août 1861, et Cass., 8 nov. 1836, 1^{er} déc. 1868, Demol., n° 285.)

S'il s'agit d'apprécier le caractère et l'étendue de cette responsabilité à la charge des différents auteurs d'un même fait dommageable, on retrouve la même incertitude : la doctrine presque unanimement se refuse à lui reconnaître le caractère véritablement solidaire, que la

(1) Cass. 7 nov. 1836, 3 mai 1865, 14 août 1867, 25 juillet 1870, 7 déc. 1872, 12 janv. 1881. — Aubry et Rau, § 298 *ter*, notes 14 et suiv., t. IV ; Larombière, 1202, n. 22 ; Rodière, n° 50 ; Demolombe, n. 292 et suiv. ; C. de Santerre, t. V, n. 133 bis 3 ; Massé et Vergé, III, § 526, not. 6).

loi, on l'avoue, ne lui attribue pas, et n'y voit qu'une simple obligation pour le tout, *in solidum*, selon l'expression adoptée, n'entraînant aucune des conséquences énumérées dans les art. 1205, 1206, 1207, 1285 et 1294, alors que les jugements et arrêts prononcent tous une condamnation *solidaire*, avec le sens technique attaché à ce mot. (V. les arrêts cités à la note précédente.)

Cette diversité de solutions prouve déjà le peu de solidité du système, mais, quelque logique et quelque rationnel qu'il puisse paraître en général, il nous semble être, comme celui qu'on nous opposait sur la question précédente, en opposition complète avec les décisions du Code et les principes que nous avons adoptés jusqu'ici.

Quelle est en effet la règle en matière de dettes ? La division quand il y a plusieurs coobligés. Tout le monde le reconnaît (art. 1217 et 1220). Dans quel cas ce principe ne s'applique-t-il plus ? lorsque la convention des parties ou la loi ont rendu l'obligation solidaire, ou que la nature de l'objet dû s'oppose à son exécution pour partie. Ce sont là les seules exceptions au principe de la division des dettes nées d'un même contrat ou d'un même fait. Tout le monde le reconnaît encore.

Mais, et c'est ici que la controverse s'élève, les uns prétendent que l'obligation de plusieurs personnes qui par une faute commune causent un dommage à autrui est solidaire, ou du moins peut le devenir par la condamnation, les autres qu'elle pèse pour le tout sur chacun sans être vraiment solidaire, d'autres enfin qu'elle a un certain caractère d'indivisibilité.

1° Elle est, dit-on solidaire, car l'art. 1202 n'exige que la solidarité soit expressément prononcée qu'en matière de contrats ainsi que le montrent sa place et le mot

« stipulée » dont il se sert, et toutes les fois que la responsabilité pour toute la dette résulte en termes quelconques d'un texte de loi, et c'est le cas pour les art. 1382 et 1383, les juges peuvent condamner solidairement les parties qui l'ont encourue. — A cela nous répondons, comme dans le paragraphe précédent, en ce qui concerne le pouvoir des juges, qu'ils ne sauraient faire naître par une condamnation la solidarité là où un droit d'obtenir une condamnation solidaire n'existe pas ; il faudrait pour cela qu'un texte les y autorisât, comme en droit romain (*D^r Rom.*, p. II, ch. II), car les jugements sont déclaratifs de droits préexistants et ne peuvent changer le caractère de ceux qu'ils constatent ; en second lieu, que le droit n'existe, dans l'espèce, que divisé aux mains du créancier. Que dit en effet l'art. 1382 ? « Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ; » et l'art. 1383 ajoute : « Chacun est responsable, non seulement du dommage qu'il a causé par son fait, mais encore par sa négligence ou son imprudence . » D'où il suit que s'il y a plusieurs personnes qui ont causé un dommage à autrui par un même fait ou une même négligence, elles seront tenues de le réparer *toutes également*, à moins qu'on ne puisse discerner la part exacte que chacun a prise au fait dommageable. Mais que veut dire : *également* ? cela veut-il dire que chacun sera tenu de tous les dommages-intérêts ? Il est facile de voir que cette entière responsabilité ne résulte pas du texte.

Et deux autres dispositions de la loi au contraire l'excluent : C'est d'abord l'art. 55 C. pén. qui, en la prononçant expressément pour le cas d'un délit ou crime prévu par la loi pénale, l'exclut par là même dans le cas d'un fait que cette loi ne punit pas, c'est-à-dire dans l'hypo-

thèse, prévue par l'art. 1382, d'un délit civil ou d'un quasi-délit. C'est ensuite l'art. 1384 qui nous paraît s'opposer à ce qu'on admette la responsabilité pour le tout en notre matière. En déclarant en effet « qu'on est responsable, non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, » il montre assez que l'on ne doit pas répondre du fait des personnes qui vous sont étrangères à moins de s'y être engagé. Ce qui tout d'abord me semble détruire le système de la Cour de cassation et de la Cour d'Aix (arrêts du 11 juillet 1826 et du 14 avril 1861 cités *supra* et approuvés par M. Demolombe, n° 285), admettant la responsabilité, véritablement solidaire pour la jurisprudence, simplement pour le tout, d'après M. Demolombe, au cas de dommage résultant de la réunion de plusieurs quasi-délits, c'est-à-dire de *plusieurs faits* dommageables, commis par plusieurs personnes différentes. Mais ce texte s'oppose aussi, à notre avis, à la responsabilité pour le tout, même au cas *d'un seul* délit civil ou quasi délit auquel plusieurs ont pris part. En effet, pourquoi le père, par exemple, est-il responsable du délit commis par son fils mineur ? Pour deux raisons : 1° parce qu'il y a présomption que le fils serait insolvable ; 2° parce que le père lui-même est coupable d'un défaut de surveillance, ce qui constitue un quasi-délit (1383). Or ces deux raisons existent-elles entre deux coauteurs d'un même quasi-délit ? Il n'y a pas présomption que l'un est insolvable, et le second n'était pas chargé de surveiller le premier, dès lors il ne saurait être responsable pour celui-ci ; il a à sa charge une part de quasi-délit, plus ou moins considérable, dès lors encourt une responsabilité

équivalente et doit réparation dans la même proportion.

2° Des auteurs, il est vrai, qui n'admettent pas plus que nous l'existence d'une solidarité imparfaite (V. Demolombe, n°s 292 et suiv. ; — C. de Santerre, 135 *bis* II), avouent que l'art. 1202 exclut bien en notre matière la solidarité, mais ils soutiennent que l'art. 1382 établit entre les personnes qui ont participé au fait dommageable une responsabilité pour le tout, *in solidum*, parce que cette responsabilité résulte « de la force même des choses », « de la nécessité des situations », et que « chacune a commis le dommage pour le tout. »

N'y a-t-il pas là tout à la fois une argutie et une contradiction? Une argutie, car l'application des art. 1205, 1206, 1207, 1285 ou 1365 importe en général fort peu aux coauteurs d'un même fait dommageable : la plupart du temps, ces effets de la solidarité n'ont pas à être invoqués par le créancier ; l'important pour eux, c'est de n'être pas obligés de faire chacun l'avance d'une dette que les autres doivent définitivement supporter en partie. A tel point que pour nous, qui n'admettons pas le mandat comme base de la solidarité, nous soutiendrions volontiers que, dans notre droit, partout où une responsabilité pour le tout et égale, résulte de la nature de leur obligation, (et non de la nature de la chose due, comme dans le cas d'indivisibilité par exemple), à la charge de plusieurs personnes, les effets des art. 1205, 1206, 1207, etc., doivent logiquement se produire, et que, réciproquement, là où ils ne se produisent pas, la responsabilité pour le tout ne peut exister. — Une contradiction, en ce qu'après avoir établi en principe qu'il n'y a pas dans notre droit de solidarité imparfaite, on la reconstitue en réalité, sous un autre nom, celui de « res-

ponsabilité pour le tout » ou « *in solidum* » dans l'hypothèse spéciale des art. 1382 et 1383.

On oppose que la responsabilité pour le tout résulte non pas d'une disposition de loi à proprement parler, car alors il faudrait appliquer le deuxième alinéa de l'art. 1202, mais « de la force même des choses » quand il s'agit de délit civil.

En dehors des arguments que nous avons présentés pour repousser le droit à une condamnation solidaire qu'on prétendait tirer de l'article 1382 dans le système précédent, arguments qui subsistent ici avec toute leur force, il y a un texte qui, à notre avis, prouve péremptoirement que dans l'esprit du législateur, au cas d'un fait dommageable commis par plusieurs, il n'est pas « de la nature des choses » que chacun doive réparation de la totalité du préjudice causé. Ce texte est la loi du 5 janvier 1883, faisant disparaître la responsabilité solidaire établie uniquement à la charge des colocataires par l'ancien article 1734. N'y a-t-il pas là plusieurs personnes tenues à la réparation du préjudice causé par suite d'une présomption de faute, et de faute commune? Si la responsabilité pour le tout était de la nature même des choses dans cette hypothèse, le législateur l'aurait-il divisée entre eux comme il l'a fait en déclarant que chacun serait responsable de l'incendie dans la proportion des locaux loués? Et par là se tranche la question de savoir si les juges pourraient, non point en vertu du nouvel art. 1734 bien entendu, mais en vertu de l'article 1382, condamner chacun des locataires à réparer pour le tout le préjudice causé par l'incendie. Il faut dire évidemment, bien que le contraire ait été soutenu, qu'ils ne le pourront jamais, car une telle condamnation serait le maintien pur et simple par un moyen indirect

de l'article 1734 qu'on a voulu écarter. Ce que le législateur a voulu, c'est non point affranchir chacun des colocataires des effets accessoires de la solidarité (art. 1205, 1206, 1207, etc.), qui les préoccupaient certainement fort peu, mais les décharger du fardeau écrasant de l'avance d'une dette souvent très considérable, sans recours assuré. D'ailleurs, il a déclaré lui-même en quelle proportion chacun des locataires devrait être tenu, et le jugement qui ne se conformerait pas à ses prescriptions devrait, à notre avis, être infirmé ou cassé.

3° Enfin, on dit que l'obligation née d'un délit civil commis par plusieurs présente un certain caractère d'indivisibilité (1), parce que chacun est responsable « du dommage qu'il a causé par son fait, » c'est-à-dire de *tout le dommage* et que chacun doit *toute la réparation à moins qu'on ne puisse discerner la part de fait dommageable qui lui est personnelle*. — D'abord, je ferai remarquer, que le plus souvent avec une enquête suffisante, on pourra déterminer cette part; mais ne le pourrait-on pas, qu'il n'est pas juridique, uniquement par une impossibilité, d'être amené à introduire la responsabilité pour le tout à la charge de certains débiteurs. La responsabilité naît divisée, les juges et les auteurs le reconnaissent, puisque, lorsque la part de faute de chacun peut se déterminer, ils la divisent; donc elle doit rester divisée, et non pas se transformer par le jugement.

La règle qui domine la matière, c'est la division de la dette entre les différents codébiteurs, et la *division*

(1) « Attendu que tous les débiteurs sont tenus en vertu d'une même cause, et que l'indivision qui existe entre eux dans la cause de l'obligation, justifie la condamnation de chacun d'eux à la totalité de la peine. » (C. d'Aix, 14 août 1861.)

par parts égales, quand on ne sait quelle portion chacun a entendu ou pu assumer. En matière d'obligation contractuelle, lorsqu'un acte porte que deux personnes ont emprunté 100, et qu'il est impossible de déterminer la part dont chacune a profité, on ne condamne pas chacun à restituer 100, mais 50; il n'y a pas de raison pour décider autrement *sans texte net et précis* en matière de délit civil ou de quasi-délit.

Si l'on objecte que la pluralité des agents qui est partout dans notre droit une aggravation de la responsabilité (art. 381, n° 2, C. pén.), ne doit pas la diminuer dans notre hypothèse, et qui tel que seul devrait réparation de tout le dommage causé par sa faute ne doit pas voir son obligation allégée par la présence d'une personne qui l'a partagée, nous répondrons qu'il y a là peut-être un motif qui aurait son poids s'il s'agissait de faire la loi, mais qui ne saurait prévaloir contre les arguments de textes et de principes que nous avons donnés. Le système qui, en législation, serait évidemment le meilleur, serait celui que propose Marcadé (art. 1202, n° 604), et qui tout en déclarant les coauteurs d'un fait dommageable responsables pour le tout, leur accorde un bénéfice de division, ce qui concilie tout à la fois les intérêts de la personne lésée et les leurs, mais il ne se trouve consacré par aucune disposition, et celui que nous adoptons sur l'art. 1382 peut, sous certains rapports, se justifier.

C'est qu'en effet lorsque plusieurs commettent une faute constituant un délit civil, ou quasi-délit, qu'il s'agisse d'un mari et d'une femme qui ont obtenu à l'aide d'un dol et de manœuvres frauduleuses un testament en leur faveur (Cass., 12 mars 1839), ou d'architectes et entrepreneurs qui n'ont pas pris assez de précautions dans la restauration d'un édifice, ou de plusieurs per-

sonnes qui ont incendié par imprudence une récolte (Dijon 21 janvier 1869), on ne saurait jamais dire exactement que chacun a commis tout le dommage ; il a peut-être même compté sur les autres soit pour empêcher le préjudice de se produire, soit pour en annihiler au moins les effets. C'est probablement ce motif, qui peut se résumer ainsi : là où il y a pluralité d'agents, il y a émiettement des responsabilités, et qui existe surtout au cas d'un quasi-délit, qui aura détourné le législateur d'établir dans notre hypothèse la solidarité comme en matière pénale.

De ce que les différents coauteurs d'un délit civil ou quasi-délit ne sont pas tenus chacun en totalité de réparer le dommage qui en résulte, il faut conclure, à plus forte raison, contrairement à la jurisprudence (Cass., 25 juillet 1870 ; 15 janvier 1868), qu'ils ne peuvent être condamnés pour le tout aux dépens, lorsque ceux-ci sont adjugés à titre de dommages-intérêts. (*Sic.*, Toullier, t. XI, 1, p. 117, n^{os} 150 et 151 ; Duranton, t. XI, p. 228, n^o 194 ; Laurent, t. XVII, n^{os} 318 et suiv.)

§ III. — Lorsqu'il se forme des obligations pour le tout à la charge de plusieurs en dehors de la solidante et de l'indivisibilité, c'est par suite du concours de plusieurs faits juxtaposés

Si en dehors des obligations solidaires et indivisibles, il ne nous paraît pas pouvoir naître des obligations pesant en totalité sur plusieurs personnes à la fois, d'un même fait ou d'un même contrat, il peut se faire que par suite du concours de plusieurs contrats différents ou de plusieurs faits juxtaposés, chacun des contractants ou des auteurs de ces faits encourent une même responsabilité. Je vais en donner ici quelques exemples qui tous résultent de la nature même des choses ou des textes.

1° Les art. 1384 civ. C. 73 et 74 C. pén., déclarent responsables du dommage causé à autrui l'auteur du dommage, et le père, maître ou instituteur sous la surveillance duquel il était placé. — C'est qu'en effet l'un a commis une faute en causant personnellement préjudice à autrui, l'autre en manquant de surveiller le premier : il y a deux faits dommageables différents. C'est une exception au principe qu'on ne répond pas du fait d'autrui : de sorte que si l'on supposait, au lieu d'un seul maître ou instituteur, deux maîtres ou un père et une mère, ils devraient non point être condamnés à réparer le dommage causé chacun en totalité, mais seulement pour moitié ; car ils ne répondent pas entre eux de leur défaut de surveillance, et le principe de division de la dette reprend son empire.

2° La même responsabilité existe entre mandataires constitués pour la même affaire par actes séparés : ils sont chacun responsables de toute l'exécution du mandat qui leur a été confié, alors qu'au contraire ils avaient été constitués par le même acte, leur responsabilité serait divisée (1995) (1).

3° Le débiteur délégant, dans le cas de délégation imparfaite, et le débiteur délégué sont également obligés pour toute la dette envers le créancier.

4° Ainsi encore le propriétaire d'une maison incendiée peut demander la réparation du dommage à la Compagnie qui l'a assurée ou à l'auteur de l'incendie, tous deux sont également tenus de l'indemnité.

5° De même encore, une personne donne mandat à une autre de prêter à une troisième ; le prêteur peut, à

(1) C'est ainsi que si, par exemple, un créancier donne mandat à son notaire de prendre une inscription hypothécaire, et qu'il donne le même mandat à son avoué, tous deux seront tenus de l'indemniser également du préjudice si l'inscription n'a pas été prise.

l'exigibilité de la dette, actionner à son **choix** l'emprunteur où le mandant.

Celui des débiteurs qui paye dans les différentes hypothèses que nous venons d'énumérer, a-t-il un recours contre les autres ? Oui, évidemment, s'ils profitent de la libération ainsi obtenue, ou s'il y avait entre eux et celui qui a payé des relations juridiques autorisant un recours ; ils seront tenus de *in rem verso* : par exemple les compagnies d'assurances aurait certainement un recours, après avoir payé l'indemnité, contre l'auteur de l'incendie. Non au contraire, lorsque les contrats ou faits donnant naissance à une égale responsabilité ont une existence absolument indépendante dans leur cause : c'est ainsi que des mandataires constitués par actes séparés, étant complètement étrangers l'un à l'autre, répondent chacun individuellement de l'exécution de leur mandat, sans recours possible.

Quant à la subrogation, elle ne pourrait évidemment jamais avoir lieu que conventionnellement.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

I. — La corréalité ne peut résulter que d'un contrat ; mais déjà même à l'époque classique, elle peut résulter de tous les contrats et notamment d'un *mutuum*. (p. 26 et suiv.)

II. — La sentence judiciaire ne peut pas faire naître la corréalité (p. 30 et 100).

III. — Il n'y pas eu de controverse entre les jurisconsultes romains sur le point de savoir si un *correus stipulandi* peut éteindre l'obligation en la novant (p. 39).

IV. — Un *correus promittendi* ne peut aucunement profiter de la *restitutio in integrum* accordée à son *correus*, même s'il est en société avec lui (p. 50).

V. — La faute d'un *correus promittendi* ne nuit pas plus aux autres que sa demeure (p 53-56).

VI. — Par sa constitution (l. 28, C., *De fidejussoribus*)

qui supprime l'effet de la *litis contestatio* à l'égard des *correi promittendi*, Justinien n'innove pas véritablement ; il ne fait que consacrer législativement un état de choses déjà existant (p. 56 et suiv.).

VII. — Les Romains n'ont jamais accordé le bénéfice de cession d'actions qu'aux *correi socii* (p. 67 et suiv.).

VIII. — L'obligation *in solidum* peut naître de contrats : et dans ce cas, elle ne diffère pas essentiellement dans sa nature et ses sources, de l'obligation corréale ; elle n'en est qu'une transformation. (p. 74 et suiv., 86 et suiv.)

IX. — Lorsque celui qui a hypothéqué la chose d'autrui meurt, laissant pour héritier le propriétaire de la chose hypothéquée, l'hypothèque ne se trouve pas validée.

X. — Le *jus vindicandi caduca* est facultatif.

DROIT FRANÇAIS

I. — Tous les effets de l'obligation solidaire s'expliquent sans qu'il soit nécessaire de considérer les codébiteurs ou les créanciers comme des mandataires, chargés, les uns de payer, les autres de recouvrer la dette ou la créance commune pour le compte des autres (p. 120, 126, 129, 218, 227 et surtout 241).

II. — Lorsqu'il s'opère une confusion entre le débi-

teur et l'un des créanciers solidaires, la créance est éteinte, et remplacée par une action individuelle en recours contre celui qui a profité de la confusion (p. 126).

III. — La prescription suspendue contre un des débiteurs ne l'est pas contre les autres. Ceux-ci sont libérés lorsque le temps de la prescription est accompli, et celui contre qui elle a été suspendue reste tenu pour sa part (p. 159 et 183).

IV. — Les effets attribués par les articles 1205 et 1207 à la solidarité n'ont rien d'inconciliable et peuvent fort bien se justifier rationnellement (p. 162 et 166).

V. — La chose jugée entre le créancier et l'un des débiteurs solidaires ou entre l'un des créanciers solidaires et le débiteur commun l'est aussi pour et contre les autres débiteurs, ou les autres créanciers (p. 125 et 184).

VI. — Un débiteur solidaire ne peut opposer au créancier la compensation du chef de son codébiteur, même pour la part de ce codébiteur (p. 202).

VII. — L'article 2037 ne peut être invoqué par les codébiteurs solidaires (p. 208 et suiv.).

VIII. — Lorsque le créancier a déchargé un des débiteurs de la solidarité, c'est ce codébiteur, et non point le créancier qui l'a déchargé qui doit contribuer aux insolvabilités (p. 224).

IX. — Toutes les obligations solidaires ont le même

caractère et les mêmes effets. Il n'y a pas de solidarité imparfaite (p. 237).

X. — Les différents coauteurs d'un fait dommageable constituant un délit civil ou un quasi-délit, ne peuvent être condamnés chacun pour le tout à la réparation du préjudice causé (p. 248 et suiv.).

XI. — La caution qui n'a cautionné qu'un seul des débiteurs solidaires peut recourir contre les autres au moyen de la subrogation, même au cas où le débiteur cautionné était seul intéressé à la dette, c'est-à-dire n'avait pas lui-même de recours (p. 232).

XII. — La femme *même acceptant la communauté*, peut se prévaloir de son hypothèque légale sur les conquêts de communauté à l'encontre des tiers.

HISTOIRE DU DROIT

La règle d'après laquelle le partage est déclaratif de propriété est d'origine féodale.

DROIT COMMERCIAL

I. — Au cas de cession d'un brevet d'invention, les créanciers des parties n'étant pas des *tiers*, dans le sens de la loi du 5 juillet 1844, ne peuvent en deman-

der la nullité en se fondant sur le défaut d'enregistrement à la préfecture.

II. — L'article 542 du Code de commerce ne s'applique qu'au cas de faillites simultanées de tous les codébiteurs solidaires ou de quelques-uns d'entre eux.

ÉCONOMIE POLITIQUE

La pratique de l'amortissement de la rente est indispensable pour assurer la prospérité des finances d'un État.

DROIT PÉNAL

I. — En matière pénale, et spécialement en matière de délits de presse, la loi qui modifie la compétence n'a pas pour effet de dessaisir le juge d'appel, lorsque la prévention, au moment de sa promulgation, a déjà été l'objet d'une décision en premier ressort.

II. — Le fait de se donner une capacité civile qu'on n'a pas, ne constitue pas l'attribution de fausse qualité nécessaire, aux termes de l'article 405 du Code pénal, en l'absence de manœuvres frauduleuses, pour qu'une personne puisse être condamnée pour escroquerie.

DROIT DES GENS

La propriété d'un navire est indivisible au point de vue de l'exercice des droits de la guerre.

DROIT ADMINISTRATIF

Lorsque les textes n'ont prononcé aucune attribution de compétence, c'est l'autorité judiciaire, et non l'autorité administrative, qui est compétente pour connaître de l'action intentée par les créanciers de l'État contre lui à l'occasion des dommages causés par ses agents.

Vu par le Doyen,
CH. BEUDANT.

Vu par le président de la thèse,
P. CAUWÈS.

Vu et permis d'imprimer :
Le vice-recteur de l'académie de Paris,
GREARD.

TABLE

	Pages
INTRODUCTION GÉNÉRALE A L'ÉTUDE DE LA SOLIDARITÉ EN DROIT ROMAIN ET EN DROIT FRANÇAIS.....	4

DE LA SOLIDARITÉ EN DROIT ROMAIN

Partie I. — De la corréalité

CHAPITRE I. — <i>Nature de la corréalité</i>	5
SECTION I. — Caractères généraux de la corréalité.....	5
SECTION II — Distinction de la corréalité d'avec quel- ques autres obligations. — Son utilité et sa fonction pratique.....	12
CHAPITRE II. — <i>Sources de la corréalité</i>	20
CHAPITRE III. — <i>Des effets de la corréalité active et passive</i> ...	30
SECTION I. — Événements qui influent sur l'obligation corréale elle-même.....	31
SECTION II. — Événements qui, en général, influent seu- lement sur l'obligation d'un des <i>correi</i>	43

SECTION III. — Tempéraments apportés aux effets de la corréalité.....	56
§ I. — Suppression de l'effet de la <i>litis contestatio</i> ...	56
§ II. — Du bénéfice de division.....	60
CHAPITRE IV. — <i>Rapports des correi entre eux</i>	63
SECTION I. — Recours entre <i>correi stipulandi</i>	63
SECTION II. — Rapports entre <i>correi promittendi</i>	65

Partie II. — Des obligations in solidum

CHAPITRE I. — <i>Nature et origine des obligations in solidum</i> ...	74
CHAPITRE II. — <i>Sources de l'obligation in solidum</i>	95
§ I. — Sources contractuelles.....	95
§ II. — Sources en dehors de la volonté des parties.....	98
CHAPITRE III. — <i>Effets de l'obligation in solidum</i>	103

DE LA SOLIDARITÉ EN DROIT FRANÇAIS

Partie I. — De la Solidarité telle qu'elle résulte des textes

INTRODUCTION. — SECTION I. — <i>De la solidarité entre créanciers</i>	111
CHAPITRE I. — Nature et sources de la solidarité active...	113
CHAPITRE II. — Effets de la solidarité dans les rapports des créanciers avec le débiteur.....	116
CHAPITRE III. — Rapports des créanciers solidaires entre eux.....	130

SECTION II. — <i>De la solidarité entre les débiteurs</i>	133
CHAPITRE I. — Notion générale de la dette solidaire.....	133
CHAPITRE II. — Sources de la solidarité entre débiteurs..	137
§ I. — De la solidarité établie par la volonté de l'homme.....	138
§ II. — De la solidarité établie par la loi.....	139
CHAPITRE III. — Effets de la solidarité entre le créancier et les débiteurs.....	145
§ I. — Extension de la dette par suite de solidarité..	145
§ II. — Extinction de la dette solidaire.....	172
APPENDICE.....	208
CHAPITRE IV. — Recours des codébiteurs entre eux.....	217
§ I. — Fondement du recours. Cas dans lesquels il a lieu.....	217
§ II. — Proportion suivant laquelle il s'exerce.....	221
§ III. — Moyens par lesquels il est exercé.....	223

Partie II. — De la prétendue existence d'une solidarité
imparfaite

§ I. — Toutes les obligations solidaires ont en droit français, même caractère et mêmes effets, il n'y a pas de solidarité imparfaite.....	237
§ II. — En dehors des obligations solidaires et indivisibles, il ne peut naître d'un même fait ou d'un même contrat d'obligations pesant en totalité sur plusieurs personnes.....	248

§ III. — Lorsqu'il naît une obligation pour le tout à la charge de plusieurs en dehors de la solidarité et de l'indivisibilité, c'est par suite du concours de plusieurs contrats indépendants ou de plusieurs faits juxtaposés.....	257
POSITIONS.....	261

LIBRAIRIE L. LAROSE & FORCEL

22, RUE SOUFFLOT, 22

OUVRAGES DE DROIT

SCIENCES, ARTS, LITTÉRATURE, ETC.

NEUFS ET D'OCCASION
